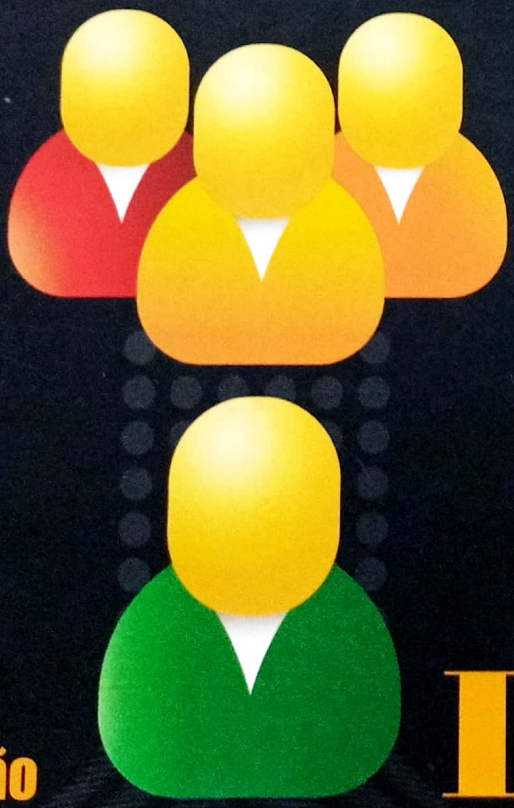
LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT
MÁRCIO TÚLIO VIANA
PAULA OLIVEIRA CANTELLI
COORDENADORES

DISCRIMINAÇÃO



2ª Edição

LTr®

Esta é a nova edição de um livro publicado há exatamente dez anos, com o mesmo nome, pela mesma editora. Ainda assim, não se trata *exatamente* de uma segunda edição. Sob certos aspectos, a edição volta a ser a primeira.

De fato, o livro não se limita a reproduzir os artigos originais. Além de revistos, atualizados ou substituídos, eles agora têm a companhia de outros, escritos por mãos diferentes, com enfoques inéditos. Desse modo, é quase uma nova versão.

Tal como da primeira vez, procuramos – na medida do possível – atribuir a cada autor um tema de sua especialidade teórica ou de sua experiência concreta. Por isso, enquanto alguns textos são extratos de trabalhos de doutorado ou de mestrado, outros tantos, no extremo oposto, foram construídos pelas próprias vidas de seus autores, antes mesmo de ganharem a forma escrita.

Digitalizado com CamScanner

1ª edição — 2000
2ª edição — 2010

Luiz Otávio Linhares Renault
Márcio Túlio Viana
Paula Oliveira Cantelli

Coordenadores

DISCRIMINAÇÃO

2ª Edição

EDITORA LTR
SÃO PAULO

Digitalizado com CamScanner

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Discriminação / Luiz Otávio Linhares Renault, Márcio Túlio Viana, Paula Oliveira Cantelli, coordenadores. — 2. ed. São Paulo : LTr, 2010.

Vários colaboradores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-361-1612-9

1. Direitos fundamentais — Brasil 2. Discriminação — Brasil 3. Discriminação no emprego — Brasil I. Renault, Luiz Otávio Linhares. II. Viana, Márcio Túlio. III. Cantelli, Paula Oliveira.

10-09553 CDU-323.40981

Índice para catálogo sistemático:

1. Discriminação : Ciências políticas
323.40981

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica: **Peter Fritz Strotbek**
Design de Capa: **Genesis**
Impressão: **HR Gráfica e Editora**

© Todos os direitos reservados

LTr
EDITORA LTDA.
Rua Jaguaribe, 571 – CEP 01224-001 – Fone (11) 2167-1101
São Paulo, SP – Brasil – www.ltr.com.br

LTr 4278.5 Setembro, 2010

Colaboradores

Adriana Goulart de Sena — Juíza Federal do Trabalho, Titular da 35ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre e Doutora pela UFMG.

Alice Monteiro de Barros — Doutora em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Desembargadora do TRT da 3ª Região. Profª Adjunta IV da Faculdade de Direito da UFMG (aposentada em agosto de 2008).

Anamaria Fernandes Viana — Mestre em Artes do Espetáculo pela Universidade de Rennes, França. No mesmo país, tem atuado em hospitais junto a pessoas com necessidades especiais. Coprodutora dos documentários *La danse au logis* (subvencionado pelo Governo Francês) e *O Projeto*. Graduada em dança pela UNICAMP. Professora, dançarina e coreógrafa. Criadora e participante de várias companhias de dança e improvisação, no Brasil e na França. Desde 2006 tem ministrado estágios e/ou trabalhado em colaboração com o Grupo Quik, formado por alguns dos ex-integrantes do Grupo Corpo, e com o Corpo de Baile do Palácio das Artes, em Belo Horizonte.

André Koch Torres Assis — Professor Associado do Instituto de Física da UNICAMP. Doutor em Física pela UNICAMP em 1987. Pós-doutorados em 1988 no Culham Laboratory (United Kingdom Atomic Energy Authority), na Inglaterra; em 1991-1992 no Center for Electromagnetics Research, Northeastern University, Boston, EUA; e em 2001-2002 e 2009 no Institut für Geschichte der Naturwissenschaften, Hamburg Universität, Alemanha.

Antônia Vitória Soares Aranha — Professora Associada e Diretora da FAE-UFMG. Doutora pela PUC-SP.

Carla de Méis — Professora Adjunta do Departamento de Psiquiatria e Medicina Legal da UFRJ. Mestre e Doutora em Psiquiatria pela UFRJ. Doutorado-sandwich na Universidade McGill, em Montreal, Canadá. Pós-doutorado em Antropologia Médica na Université de Montréal, Montreal, Canadá.

Celso Soares — Advogado trabalhista, com atuação predominante na área sindical. Fundador e primeiro presidente da Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas. Ex-presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB. 3º Vice-presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Daniela Lustoza Marques de Souza Chaves — Mestre em Ciências Sociais e Pós-Graduada em Direito e Cidadania pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professora da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. Juíza do Trabalho.

Digitalizado com CamScanner

Dom Paulo Evaristo Arns — Cardeal Emérito de São Paulo.

Egídia Maria de Almeida Aiexe — Presidente do Centro Educacional Cidadania e Paz. Membro da Coordenação do Fórum Mineiro de Direitos Humanos. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais.

Estêvão Mallet — Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP. Mestre, Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Advogado.

Francisco Caminha — Psicanalista. Mestre em Psiquiatria pela UFRJ. Pesquisador do programa Organização do Trabalho e Saúde Mental do Instituto de Psiquiatria da UFRJ.

José Roberto Freire Pimenta — Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Integrante dos Conselhos Consultivos da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho (ENAMAT) do Tribunal Superior do Trabalho e da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Doutor em Direito Constitucional pela UFMG e Professor Adjunto III da Faculdade de Direito da PUC/MG, nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, nos cursos de Graduação e de Pós-Graduação.

Lorena Vasconcelos Porto — Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Roma II. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Procuradora do Trabalho. Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais.

Lucilia de Almeida Neves Delgado — Doutora em Ciências Humanas, área – Ciência Política – USP. Mestre em Ciência Política pela UFMG. Graduada em História pela UFJF. Professora Titular – PUC Minas. Professora UFMG. Pesquisadora Sênior – UnB.

Luís Felipe Lopes Boson — Juiz do Trabalho Titular da Vara de Matozinhos/MG. Mestre em Direito Processual pela Faculdade Mineira de Direito (PUC/MG). Professor Adjunto no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC.

Luís Roberto Barroso — Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e livre-docente pela UERJ. Mestre em Direito pela Universidade de Yale.

Luiz Otávio Linhares Renault — Professor dos cursos de graduação e de pós-graduação da PUC Minas. Membro do colegiado da pós-graduação. Desembargador Federal do Trabalho. Diretor da Escola Judicial do TRT da 3ª Região. Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais.

Mara Marçal Sales — Psicóloga. Professora assistente da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutoranda em Educação pela FAE/UFMG.

Márcio Túlio Viana — Professor das Faculdades de Direito da UFMG e da PUC-MG. Juiz do Trabalho aposentado. Doutor em Direito pela UFMG. Pós-doutorado junto à Universidade de Roma. Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais.

Maria Elizabeth Antunes Lima — Professora Adjunta do Departamento de Psicologia da UFMG. Doutora pela UFMG.

Maria Isabel Franco Rios — Advogada. Mestranda em Direito do Trabalho pela PUC Minas.

Mariana Fernandes Viana — Jornalista. Pesquisadora. Professora pelo Instituto de Educação do Estado de Minas Gerais.

Mauricio Godinho Delgado — Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Professor de Ciência Política da UFMG (1978-1992) e de Direito do Trabalho (graduação e pós-graduação) da Faculdade de Direito da UFMG (1993-2000). Atual Professor de Direito da Faculdade de Direito da PUC Minas. Doutor em Direito (UFMG) e Mestre em Ciência Política (UFMG).

Patrícia Sousa Carmo — Mestranda em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Advogada.

Paula Oliveira Cantelli — Especialista em Direito Empresarial pelo CAD-UGF/RJ. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidade de Buenos Aires – UBA. Professora Assistente de Prática Trabalhista na Faculdade de Direito Milton Campos. Professora de Direito do Trabalho no Núcleo de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada. Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais.

Raquel Betty de Castro Pimenta — Advogada. Formada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, onde foi monitora da disciplina de Direito do Trabalho do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da UFMG. Recebeu, na ocasião da formatura, os prêmios Messias Pereira Donato, por destaques nas disciplinas Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, e José Carlos da Mata Machado, por destaque na Divisão de Assistência Judiciária da UFMG.

Raquel Portugal Nunes — Mestranda em Direito do Trabalho pela UFMG. Assessora jurídica na Procuradoria do Trabalho da 3ª Região. Tutora do curso de pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da PUC Minas Virtual.

Regina Márcia Manicardi Vaz — Psicóloga clínica. Especialista em Psicossomática Psicanalítica pelo Instituto Sedes Sapientiae – São Paulo. Colaboradora do Núcleo de Atendimento em Psicossomática Psicanalítica do mesmo Instituto. Assistente Técnico de Direção II do Núcleo de Psicologia da CADASE/DAE – Secretaria de Estado da Saúde de S. Paulo. Professora convidada da EMAT – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho no Tribunal Superior do Trabalho – Brasília.

Rodolfo Pamplona Filho — Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia(1994). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo(2000). Professor Titular do Curso de Direito da UNIFACS – Universidade Salvador. Professor Adjunto Permanente da Graduação e Professor Efetivo (licenciado desde abril/2007) da

Digitalizado com CamScanner

Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Professor Efetivo do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCSAL – Universidade Católica de Salvador. Possui diversos artigos publicados em periódicos classificados nacionais e internacionais. Autor, coautor, organizador e co-organizador de diversos livros técnicos na área de Direito. Orientador de teses de Doutorado, dissertações de Mestrado, monografias de final de curso de graduação em Direito (TCC) e bolsas de iniciação científica. Juiz do Trabalho concursado, titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA.

Sebastião Geraldo de Oliveira — Desembargador do TRT da 3ª Região. Mestre em Direito pela UFMG.

Valdir Heitor Barzotto — Graduado em Letras pela Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutor em Linguística pela Universidade Estadual de Campinas, com estágio na École des Hautes Études en Sciences Sociales (Paris – França). Atuou como docente no Programa de Pós-Graduação em Linguística e Língua Portuguesa da FCL/UNESP/Araraquara. Atualmente é professor de Metodologia do Ensino de Português, na Faculdade de Educação da USP. Atua no Programa de Pós-Graduação em Educação da FE/USP e de Pós-Graduação em Filologia e Língua Portuguesa da FFLCH/USP. Co-coordena o projeto de pesquisa "Disciplinas da licenciatura voltadas para o ensino de Língua Portuguesa: saberes e práticas na formação docente", financiado pela FAPEMA. Presidente de honra da ANPGL (Associação Nacional de Pesquisa na Graduação em Letras).

Virgilio Mauricio Viana — Engenheiro Florestal. PhD em Biologia pela Universidade de Harvard. Pós-Doutor em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade da Flórida. Foi Professor da Universidade Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, da USP, e do Departamento de Ciências Florestais da mesma Universidade. Até recentemente, ocupou o cargo de Secretário de Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Amazonas. Presidente da IMAFLORA. Um dos fundadores da FSC — instituição internacional destinada a certificar o uso sustentável das florestas tropicais. Professor Visitante da Universidade de Yale. Diretor-geral da Fundação Amazonas Sustentável. Autor de inúmeras obras e conferencista internacional. Atualmente, vem colaborando com o Governo Federal, em nível de primeiro escalão, na formulação de estratégias nacionais com vistas à Conferência de Copenhagen.

Sumário

Apresentação 13
Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio L. Renault

DISCRIMINAÇÃO E VIDA

Para que todos tenham vida 17
Dom Paulo Evaristo Arns

DISCRIMINAÇÃO E DIREITO

Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil 31
Luís Roberto Barroso

Discriminação no emprego por motivo de sexo 59
Alice Monteiro de Barros

Proteção jurídica ao trabalho das pessoas com deficiência 84
Sebastião Geraldo de Oliveira

Proteções contra discriminação na relação de emprego 108
Mauricio Godinho Delgado

Esperando o legisla(Deus) — por que o portador do vírus HIV e o aidético necessitam de proteção trabalhista especial 118
Luiz Otávio Linhares Renault

A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei n. 9.029/95) 135
Márcio Túlio Viana e Raquel Betty de Castro Pimenta

Os dois modos de discriminar: velhos e novos enfoques 143
Márcio Túlio Viana

Orientação sexual e discriminação no emprego 150
Rodolfo Pamplona Filho

A parassubordinação: proteção ou discriminação? 164
Lorena Vasconcelos Porto

Uma outra conversa sobre direitos humanos, cultura da violência e discriminação: o discurso das violações e a utopia de uma cultura de paz 176
Egídia Maria de Almeida Aiexe

Digitalizado com CamScanner

DISCRIMINAÇÃO, JUSTIÇA E PROCESSO

Discriminação e processo do trabalho 199
Estêvão Mallet

Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas 209
José Roberto Freire Pimenta

O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham 256
Márcio Túlio Viana

Por que a má-fé persegue o advogado? 260
Celso Soares

A discriminação na jurisprudência 268
Luís Felipe Lopes Boson

Processo do trabalho: sonho, desejo e realidade 279
Adriana Goulart de Sena

DISCRIMINAÇÃO E TRABALHO

Discriminação: desdém da pessoa humana em branco e preto 289
Luiz Otávio Linhares Renault e Maria Isabel Franco Rios

O negro e as ações afirmativas: a discriminação que inclui 312
Paula Oliveira Cantelli

Raça e trabalho: as fronteiras da exclusão 326
Antônia Vitória Soares Aranha e Mara Marçal Sales

A discriminação no contexto de trabalho — o caso dos portadores de lesões por esforços repetitivos 339
Maria Elizabeth Antunes Lima

Discriminação etária nas relações de trabalho 349
Daniela Lustoza Marques de Souza Chaves

DISCRIMINAÇÃO E MEIO AMBIENTE

Discriminação e empobrecimento socioambiental no Brasil 367
Virgílio Maurício Viana

DISCRIMINAÇÃO NAS ARTES, NAS CIÊNCIAS E NA ESCOLA

Dança e discriminação: relato de uma experiência 375
Anamaria Fernandes Viana

Artes & artistas: breve ensaio sobre discriminação 383
Patrícia Sousa Carmo

Discriminação na ciência 396
André Koch Torres Assis

A discriminação na escola: recortes das vidas de L., S., P. e R. 401
Mariana Fernandes Viana

DISCRIMINAÇÃO NA MÍDIA E NA POLÍTICA

Discriminação e exclusão na mídia impressa 407
Valdir Heitor Barzotto

Rito sumário: política, poder e discriminação — cassação de deputados operários em Minas Gerais 414
Lucília de Almeida Neves Delgado

DISCRIMINAÇÃO E PSIQUE

Condutas discriminatórias e o sujeito social: um olhar psicanalítico para reflexão 433
Regina Márcia Manicardi Vaz

Corda em casa de enforcado 443
Francisco Caminha

Prostituição e marginalidade: narrativas de identidade entre prostitutas 446
Carla de Méis

Autodiscriminação: o inimigo dentro do trabalhador 467
Raquel Portugal Nunes

Digitalizado com CamScanner

Apresentação

Há coisas que a gente respira e não sente: são tantos os cheiros da rua, os suores do trabalho, as fumaças dos automóveis e os perfumes das mulheres que às vezes a soma de tudo dá em nada, como se toda aquela mistura não passasse de simples oxigênio.

Há coisas que a gente ouve e não escuta: são tantos os pés pisando as calçadas, os motoristas engrenando a marcha, os pardais piando nos fios e as vozes conversando nas esquinas que todo esse barulho pode parecer normal, como se fizesse parte de nossos próprios ouvidos.

Há coisas que a gente vê e não enxerga: são tantos os carros, as ruas, os pés, as calçadas, as fumaças, os carros, os pardais, as mulheres e os fios de luz que só percebemos o que olhamos, e em geral só queremos olhar aquilo que elegemos.

Algo semelhante acontece com a discriminação: pode estar em nosso bairro, em nossa casa e até em nossos corações, e se às vezes pode ser vista, tocada e sentida, quase sempre está oculta, disfarçada, despercebida.

Podemos discriminar o índio e o negro, mas também podemos estar discriminando a mulher, pelo simples fato de ser mulher, ou o operário, o professor, o político e o advogado. Até o juiz, às vezes, pode ser discriminado — do mesmo modo que, inversamente, também ele discrimina.

Podemos discriminar quando falamos ou quando nos calamos: com palavras, gestos, silêncios, olhares e até com o mais simples suspiro. A discriminação está em muitos lugares e momentos, e por isso vem misturada com os cheiros, camuflada pelas cores, confundida com os barulhos. Pode estar na fábrica, no shopping, no hospital, na música, na ciência, na audiência e até mesmo na lei.

Este livro desvenda algumas das faces da discriminação, fazendo interagir o Direito com outros ramos do conhecimento. A proposta é alargar horizontes, abrindo espaço para novas possibilidades de ação — especialmente por parte do operador jurídico.

Luiz Otávio Linhares Renault

Márcio Túlio Viana

Paula Oliveira Cantelli

Digitalizado com CamScanner

DISCRIMINAÇÃO E VIDA

Digitalizado com CamScanner

Para que Todos Tenham Vida

CARDEAL DOM PAULO EVARISTO ARNS

"Era desprezado e abandonado pelos homens, um homem sujeito à dor, familiarizado com a enfermidade como uma pessoa de quem todos escondem o rosto; desprezado, não fazíamos caso nenhum dele. E no entanto, eram as nossas enfermidades que ele levava sobre, as nossas dores que ele carregava (Isaías 53, 3-4)."

Estudante na Europa, entrei em contato com os mutilados de guerra, com judeus egressos de campos de concentração, com vítimas das mais variadas formas de discriminação. Aprendi a suplicar ao Espírito de Deus a graça de, se possível, em minha vida, jamais discriminar ninguém, pois todo e qualquer homem é filho de Deus e todos, perante Ele, somos iguais. É o que temos tentado cumprir, sempre na esperança de um mundo melhor, no qual "já não haverá noite: ninguém mais precisará da luz da lâmpada, nem da luz do sol, porque o Senhor Deus brilhará sobre eles, e eles reinarão pelos séculos dos séculos (Apocalipse 22,5)".

Discriminação

Discriminar é excluir, é negar cidadanias e a própria democracia. Não se trata de eliminar as diferenças, mas de se obter a igualdade, identificando as origens da desigualdade, para que a primeira possa ser garantida a todos. Nos países ricos, atualmente, gasta-se o dobro em publicidade do que se investe em educação. O neoliberalismo confunde cidadão com consumidor, excluindo aquele que não o for. O renomado jurista brasileiro, Prof. Dalmo de Abreu Dallari, vê como raízes subjetivas do preconceito, a ignorância, a educação domesticadora, a intolerância, o egoísmo e o medo. Para ele, o preconceito, além de introduzir a discriminação, restringe a liberdade, acarreta a perda de respeito pela pessoa humana, introduz a desigualdade e a injustiça. Alerta para o preconceito da polícia e dos Juízes em relação às camadas mais pobres da população. Sobre este aspecto, eu desejaria lembrar pesquisa feita no Paraná, no início dos anos 90, em que se constatou que 95% dos presos naquele Estado tiveram advogados dativos e desinteressados, uma vez que não recorriam da sentença e tampouco usavam de outros recursos comuns entre os advogados pagos.

Ninguém nasce com preconceitos, afirma o prof. Dallari, homem que sempre diz sim a este que aqui escreve. Para evitar o preconceito, propõe permanente autofiscalização. "É preciso estarmos sempre muito atentos quando formos proferir

Digitalizado com CamScanner

julgamentos sobre uma pessoa, uma ideia, sobre uma crença. Mas, além disto, acredito muito na educação libertadora de Paulo Freire... Acho que assim como o preconceito é incutido pela educação, ele pode ser eliminado pela educação (...) Eu acredito na existência de direitos universais. Resguardados estes direitos, é indispensável que se resguarde, também, o direito à diferença. Aliás, é interessante, existe uma declaração contra o preconceito, aprovada pela UNESCO que acentua exatamente isto, o direito à diferença. Quer dizer, eu não posso exigir que todos sejam iguais, não posso valorizar mais um do que o outro."(1)

Preconceito e direitos humanos

Podemos ler na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), no art. I, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos; no art. II, inciso 1, que todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, e, no inciso 2, que não será feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Cumpre lembrar que documentos posteriores da ONU aperfeiçoam este, tais como a Declaração dos Direitos da Criança (1959); a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (1967); a Declaração Universal dos Direitos dos Povos (1976), enquanto que a UNESCO aprova a Declaração sobre Raça e Preconceitos Raciais (1978) ou a Declaração de Princípios sobre a Tolerância (1995), por exemplo.

Estamos firmemente convencidos de que só o respeito aos direitos humanos, por serem suprarreligiosos e suprapolíticos, poderão colaborar para que o Terceiro Milênio seja realmente cristão, ao contrário dos dois que o precederam. Não por acaso, o Projeto Rumo ao Novo Milênio, da Igreja Católica Romana, desdobrou os direitos humanos nos três anos que antecedem o ano 2000. Assim, 1997 ocupou-se dos direitos civis; 1998 dos direitos sociais e 1999, dos econômicos. Na ausência de quaisquer destes direitos, teremos o preconceito e a discriminação.

Fome e discriminação

A discriminação no Brasil, atualmente, revela-se pela maior violência que é a exclusão do mercado de trabalho e do acesso à comida.

O jornal *Folha de S. Paulo* de 17 de outubro de 1998 publicou: "O relatório da ONU sobre a pobreza mundial divulgado ontem afirma que 1,3 bilhão de pessoas

(1) DALLARI, Dalmo. Policiais, juízes e igualdades de direitos. In: *O preconceito*. Diversos autores. Editado pelo Governo do Estado de São Paulo — Secretaria da Justiça e Cidadania – SP, Imprensa Oficial do Estado. 1996/1997.

ainda vivem, ou sobrevivem, com menos de US$ 1 por dia. O número representa um terço da população dos países em desenvolvimento (entre eles o Brasil). O documento é uma evidência do fracasso do compromisso assumido por 186 países, em 1995, de erradicar a pobreza absoluta do planeta. Era essa a principal conclusão do Encontro Mundial para o Desenvolvimento Social, realizado em Copenhague (Dinamarca). (...) O documento tem como base uma pesquisa aplicada pela ONU em 130 países. (...) Dos 130 países estudados, 43 têm planos nacionais para combater a pobreza e, em 35 deles, tais projetos fazem parte do programa básico de governo. Em 38 países, os alvos para a solução do problema já foram estabelecidos, assim como um prazo para obter resultados."

> Não é o caso o Brasil que, segundo o relatório, aparece no grupo dos que têm dados sobre a situação de seus pobres — estimados em 25 milhões vivendo abaixo da linha da pobreza —, conta com planos para trabalhar o problema, mas ainda não estabeleceu metas e prazos para reduzir a pobreza.(2)

Por outro lado, a fome vira estratégia, segundo nos revela a mesma página: "A fome não é apenas uma arma de guerra que se usa contra inimigos, mas uma estratégia para obter recursos e favores usada por Estados que impõem a falta de comida a suas próprias populações." O texto cita o Sudão, usando a fome como forma de ganhar a guerra, e o Iraque, que a usa para obter a suspensão do embargo da ONU a que está sujeito. E conclui: "Há duas atitudes possíveis. Podemos dizer que nos recusamos a ser usados, a ir à Etiópia ou à Somália. Mas adotar esta posição como princípio significa afastar-se do ponto de partida do mandado humanitário: intervir, justamente, nos lugares onde as populações mais precisam de ajuda. Há outra atitude possível de ser tomada: buscar ter acesso às vítimas, recusando-se a aceitar as condições determinadas pelo movimento armado ou governo que as quer impor."

No Brasil, o caso chega a ser mais cínico. É estratégia, mas não estratégia internacional (talvez até seja também). É estratégia política. Não há vontade política de se acabar com a fome, com a seca e efetuar a Reforma Agrária.

Diz-se, e com razão, que o olhar sobre o mundo depende de onde se está, se à beira-mar ou no alto da montanha, se à janela de um palácio, de uma universidade, de um mosteiro, de uma ampla casa própria ou de um barraco de taipa e coberto de sapé.

Um amigo meu confirmou-me isto, por estes dias. Poeta, gostaria de substituir o serviço militar obrigatório, não apenas pelo atendimento comunitário, mas pelo conhecimento do Brasil. Isto significa que, para ele, todo brasileiro deveria conhecer, entre outros aspectos de nossa terra, particularmente, Ouro Preto, as Cataratas do Iguaçu, a seca... Diz que lecionou Graciliano Ramos por dez anos, viu e reviu Glauber Rocha muitas vezes. Questionou a arte enquanto reconstrução da realidade. Em Graciliano, a fruição do discurso; em Glauber Rocha, a visão da caatinga ao som da Bachiana n. 5. "Totalmente diferente de rodar horas e horas por uma paisagem cor de palha, empoeirada, com cachoeiras secas, pontes sobre o nada, os ossos dos animais parecendo que vão perfurar-lhes a pele, e as pessoas... as pessoas..." — e sua voz embargou-se.

(2) *Folha de S. Paulo*, 17.10.1998. Textos de Fernanda Papa e Marie-Laure Colson, Caderno 1, p. 12.

Digitalizado com CamScanner

Lembrei-me de um texto de D. Pedro Casaldáliga, em que narra sua indignação com a passagem de carros-pipa por uma população sentada na rua com seus cântaros à espera, rumo aos fazendeiros e ignorando-os.

Segundo o meu amigo poeta, se todos os brasileiros fossem conhecer pessoalmente a seca, acabariam com ela. Se passassem um pouco de fome, talvez acabassem com a fome também.

O Prêmio Nobel de Economia de 1998 foi atribuído ao indiano Amartya Sem, um estudioso do bem-estar social. Este homem privilegia o humanismo na economia, a ética. Em entrevista, afirmou que a "fome pode acontecer mesmo quando a oferta de alimentos é alta, desde que as pessoas simplesmente não tenham dinheiro para comprar comida".(3)

Ele nos evoca o agora esquecido recifense Josué de Castro (1908-1974), autor de *Geografia da Fome* (1948) e *Geopolítica da Fome* (1951), tendo sido presidente do Conselho Executivo da *FAO* (*Food and Agricultural Organization*). Tendo seus direitos políticos suspensos pelo Ato Institucional n. 1 de abril de 1964, exilou-se em Paris até morrer. Reconhecido no mundo inteiro, Josué de Castro recebeu, em 1954, o Prêmio Internacional da Paz, conferido pelo Conselho Mundial da Paz. Josué de Castro, ao contrário de muitos tecnicistas de agora, jamais viu no problema do aumento populacional causa para a fome, mas, sim, na má distribuição de renda, na concentração de renda e de terras.

No Brasil, mesmo entre as crianças brancas, o risco de morrer é maior do que no Paraguai ou El Salvador e a mortalidade entre os negros supera a da África. "Do ponto de vista das crianças, as desigualdades raciais estão aumentando no país. Desde 1980, vem crescendo a diferença entre as taxas de mortalidade infantil dos brancos e negros no Brasil. (...) a diferença entre a mortalidade infantil de negros e brancos cresceu de 21% em 1980 para 40% dez anos depois." O estudo de Estela Garcia da Cunha, pesquisadora da UNICAMP, é comparável ao do demógrafo do IBGE, Celso Simões, para quem os dados referentes a 1996 mostram este diferencial ao nível de 67%. "O problema é que, embora ambas as taxas estejam em queda, a mortalidade das crianças brancas está caindo mais rapidamente do que a das negras e pardas. (...) Um outro estudo feito por Simões mostra que, em quase todos os principais indicadores socioeconômicos do país, os negros estão em desvantagem. A taxa de desemprego, por exemplo, é 22% maior para as mulheres negras do que para as brancas. Entre os homens, o desemprego é 14% maior entre os negros. Ambos os dados se referem a 1995. A segregação é mais explícita na comparação das rendas. Entre as mulheres brancas que fazem parte da população economicamente ativa, 61% têm renda de até dois salários mínimos. Entre as negras esse percentual é um terço maior: 81%. Entre os homens, a diferença cresce ainda mais. Os negros com renda de até dois salários mínimos são 62%. Contra apenas 38% entre os brancos (diferença de 64%). É na escolaridade, porém, que a segregação

(3) *Folha de S. Paulo*, 15.10.1998, Caderno 2. p. 14.

chega a seu ápice. Há mais que o dobro de mulheres e homens negros (118% e 117%, respectivamente) com menos de quatro anos de estudo do que brancas e brancos. O analfabetismo funcional, definido por esse indicador, atinge 38% entre as negras, contra 17% entre as brancas." Para o geógrafo Milton Santos, membro da Comissão Justiça e Paz de São Paulo, "não é só pobreza, é falta de solidariedade social. A solidariedade, hoje, se limita à merenda escolar, só que, até chegar a ela, a criança já passou da fase da mortalidade infantil"(4).

Relatório da ONU informa que 900 mil crianças abaixo dos dois anos de idade estão sem registro civil. Sílvio Bava, presidente da ABONG — Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais, escreveu: "O relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento de 1996 aponta que os pobres no Brasil somavam 42 milhões, dos quais 16,6 milhões eram indigentes. Esses pobres são 30% da população brasileira e se concentram cada vez mais nas metrópoles (29% do total). No Estado de São Paulo, o mais rico do país, são mais de 5 milhões de brasileiros abaixo da linha da pobreza. Num país com recursos abundantes, que dispõe de R$ 14 bilhões dos fundos do BNDS para financiar grandes multis na compra da Telebrás, temos que conviver com a humilhação de não conseguir dar de comer às crianças que têm fome. Com R$ 7 bilhões/ano, menos de 1% de nosso PIB, não haveria mais brasileiros com fome, crianças ou adultos"(5).

Igualdade

No Brasil, o grande problema para a vigência dos direitos humanos, além da situação concreta do país, é o da mentalidade brasileira, que não tem a menor noção do que seja a igualdade. Alguns fatores cooperam para isto. Primeiro, a escravidão, a mais longa do ocidente e a última a ser oficialmente abolida. Sendo o negro escravo considerado objeto, esta concepção entranhou-se na nossa mentalidade reforçando preconceitos e um profundo desprezo pelo valor da vida humana. Por outro lado, perdemos apenas para Botswana em termos de distribuição de renda. 53% do PIB brasileiro está nas mãos dos 10% mais ricos. Nossa cultura, profundamente influenciada pela norte-americana, baseia-se no consumo, no ter e não no ser, o que, aliás, tem uma profunda relação com a escravidão. Só nos últimos anos, as identidades estão se formando como autônomas e como expressão de criatividade individual ou competência profissional, ou seja, no ser. Numa cultura escravista, trabalho era coisa para escravos e as pessoas valiam pelas suas relações, parentescos e posses, sedimentando a cultura clientelística ainda em voga, infelizmente, na política brasileira.

Na verdade, somos todos diferentes, cada indivíduo é uno e irrepetível, um patrimônio da humanidade, só um pode dar a sua contribuição ao acervo humano e, por isto, todas estas mortes infantis antes de um ano, cinco ou trinta, "de fome, um pouco por

(4) *Folha de S. Paulo*, 16.11.1998, Caderno 2. p. 4.

(5) BAVA, Sílvio Caccia. ONGs e meninos de rua. In: *Folha de S. Paulo*, 6.8.1998, Caderno 3. p. 2.

Digitalizado com CamScanner

dia" — como escreveu João Cabral de Mello Neto em *Morte e Vida Severina* — são perdas irrecuperáveis, são crimes contra a humanidade e os direitos humanos.

Por outro lado, somos todos iguais. Como?

Para Hannah Arendt[6] — filósofa e pensadora política, judia, que se preocupou em entender e explicar a política e a violência dos nossos dias, especialmente a partir do nazismo e do bolchevismo —, nós não nascemos iguais; nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garanta a todos direitos iguais.

Pessoas forçadas a viver fora do mundo comum (refugiados, clandestinos, internos de campos de concentração — e eu acrescentaria, à sombra do neoliberalismo, os desempregados) perdem a sua qualidade substancial que é a de serem tratadas pelos outros como semelhantes. Tornam-se descartáveis, supérfluas, sem lugar. É como se não existissem e esta é uma das características básicas dos totalitarismos. A igualdade, na visão de Hannah Arendt, pressupõe uma sociedade onde prevaleça um mínimo de igualdade no plano econômico. A igualdade resulta da organização humana, pois as pessoas não nascem iguais e não são iguais nas suas vidas. É a Lei que torna ou deveria tornar os homens iguais, ou seja, as diferenças deveriam ser igualadas através das instituições. Assim, a igualdade deveria ser garantida e ter lugar na esfera do espaço público (a diferença tem lugar na esfera do privado). O destituído de cidadania, ao ver-se limitado à esfera do privado, fica privado de seus direitos e do acesso à igualdade. Se os homens não fossem iguais, não poderiam entender-se; se não fossem diferentes, não precisariam nem da palavra, nem da ação para se fazerem entender.

Para Hannah Arendt, os direitos só existem em função da pluralidade dos homens, ou seja, da garantia tácita que os membros de uma comunidade dão-se uns aos outros. É neste sentido preciso que, para Arendt, a política institui a pluralidade humana e um mundo comum. Para ela, assim como para nós, os direitos humanos derivam da ação. Os direitos são necessários para garantir que a pessoa seja reconhecida não apenas pelo imponderável da amizade, da simpatia e do amor. A partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, Hannah realça que o primeiro direito é o direito a ter direitos.

A construção da igualdade nos leva até o Direito Internacional Público, no qual as convenções internacionais proíbem a perda da nacionalidade, por representar uma privação do direito de ter direitos. A perda de nacionalidade não é uma sanção penal, mas política, e vigorou no Brasil durante o regime militar de 1964.

Até aqui, tratamos da igualdade do ponto de vista sociopolítico.

(6) ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Totalitarismo, o paroxismo do poder. Uma análise dialética. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1979. Vide também *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989; e LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos — Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

Vamos abordá-la, agora, do ponto de vista existencial. Todos somos humanos, um infinito de possibilidades. Nada me impede de amanhã começar uma vida totalmente nova e a rotina que cumpro todo dia é uma decisão, ainda que inconsciente, de minha parte. Há, inclusive, uma grande parte de mim, o inconsciente, que desconheço. Como todos, sou um anjo e um assassino, e a consciência de que não usei uma arma, em determinadas situações de minha vida, porque não a tinha à mão, é que me torna um desarmamentista. A maior parte dos assassinos presos são primários, pessoas que julgavam-se incapazes de matar, mas que no bar de fim de semana, na briga de trânsito, nas reuniões familiares, tornaram-se assassinas. É preciso assumir o assassino que existe em nós. Não se choquem, estou apenas expondo o conceito de loucura controlada, de Norman Brown[7].

Precisamos construir um conceito de igualdade a partir da condição humana, a partir do fato de que somos todos anjos e assassinos em potencial. Jean Paul Sartre o fez nas páginas finais de seu livro sobre *Jean Genet*. Em síntese, ele diz que, se queremos partilhar das grandezas humanas, precisamos irmanar-nos, também, às baixezas humanas.[8]

Em casos como o de Jean Genet, portador de uma moral que não é a nossa, caímos em outro grande perigo contra a noção de igualdade, que é o da exclusão moral. Um documento da CNBB aborda o assunto com pertinência:

> Exclusão moral é o que fazemos quando colocamos pessoas ou grupos fora das exigências básicas da justiça, sem que isso nos incomode muito. É como se achássemos que essas pessoas não merecem viver. Não são consideradas vítimas, são vistas como culpadas, subumanas, desumanas — e com isso nos sentimos desobrigados de nos importar com o que acontece com elas. Simplesmente "desligamos" a nossa sensibilidade moral em tais casos. É o que acontece quando há linchamentos, por exemplo: uma população, geralmente ordeira, acha que alguém "merece" morrer e massacra o culpado, ou deixa que outros o façam sem protesto. O mesmo se passa quando há violência contra presidiários ou prostituído(a)s, quando a polícia prende certo tipo de "suspeitos" e usa de meios ilícitos para conseguir confissões de culpa.

Diante disso, é bom apresentar novamente o texto da Declaração da ONU, art. 5: "Ninguém será submetido a torturas, penalidades ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes."

> "O processo de exclusão moral depende de se conseguir pôr na cabeça das pessoas certas ideias falsas. Uma delas é o 'mito do mérito': as pessoas se convencem de que a vida é só para quem 'merece'. (...) O mito do mérito é

(7) BROWN, Norman O. *Vida contra morte*. O sentido psicanalítico da História. Petrópolis: Vozes, 1972.

(8) SARTRE, Jean Paul. *Saint Genet comédien et martyr*. Paris: Gallimard, 1952. p. 547 e ss. Vale lembrar que Jean Genet, menino de rua e delinquente, condenado à prisão perpétua, tornou-se escritor na cadeia e foi solto por pressão de diversos intelectuais, figurando entre os maiores escritores do século XX. E se o houvessem matado? Em 1968 esteve no Brasil para assistir à encenação de sua peça *O balcão*, no Teatro Ruth Escobar.

Digitalizado com CamScanner

profundamente anticristão. Para quem crê em Jesus, a vida é vista fundamentalmente como um dom que Deus nos oferece, independentemente de merecermos."

"Há ainda um problema gravíssimo aí. Toda vez que não se respeita o direito de um (seja lá quem for), a vida de todos corre perigo. (...) É preciso rejeitar por inteiro o processo de exclusão moral. Se não fazemos isso, ele vai se ampliando, abrangendo outros grupos humanos: os não produtivos, os não consumidores, sem peso econômico, todos os que 'incomodam'."

"Uma mentalidade de exclusão moral passa a classificar a humanidade em diversos graus, como se houvesse pessoas 'mais humanas' e 'menos humanas'. Aos poucos, se permitirmos, podem ir sendo considerados dispensáveis os deficientes, os idosos, os desempregados, os analfabetos..."(9)

Isto evoca uma reflexão de um dos grandes filósofos contemporâneos, Cornélius Castoriadis, para quem "a minha liberdade começa onde começa a do outro; a minha liberdade termina onde termina a do outro"(10) Estabelece-se a solidariedade e o outro, ao contrário de Sartre (*O inferno são os outros*), "deixa de ser meu inimigo porque a minha liberdade não acaba onde começa a dele".

Até aqui, tentei ser intelectual. A última Encíclica Papal, *Fides et Ratio*, aí está para lembrar-nos das relações entre Ciência e a Fé. Frei Carlos Josaphat OP, com a inteligência de coração que lhe é habitual, encerra belo artigo sobre ela(11) atentando para o melhor de sua mensagem: "Ao desassombro da fé deve corresponder a audácia da razão" (n. 48).

Para nós que temos fé, todos somos iguais porque todos somos pecadores e todos somos filhos de Deus.

Discriminação na Igreja

A Igreja, instituição humana e pecadora, ainda que guardiã da Revelação, teve e tem os mais variados preconceitos. A discriminação mais visível é a que se dá contra a mulher que só mui recentemente vem conquistando alguns espaços em seu interior. Esquecida, durante séculos, que Maria e seu filho, Jesus de Nazaré, são judeus, bem como os apóstolos, incluindo-se Paulo, e santos como Edith Stein, alimentou preconceitos contra o povo de Israel, do qual não cessa de penitenciar-se. Chegou a queimar uma santa, Joana d'Arc, padroeira da França. E por uma série de problemas políticos e

(9) CNBB — Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. *Direito de gente — Assunto de fé — Para todos os que acreditam na defesa dos Direitos Humanos*. São Paulo: Paulus, 1997. p. 38-39.

(10) CASTORIADIS, Cornélius. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. A respeito do assunto e de Castoriadis, vide CARDEAL ARNS, Dom Paulo Evaristo. No terceiro milênio: adultos em Jesus Cristo. In: *Revista Cultura Vozes*, n. 3, ano 91, v. 91; maio/jun. 1997, p. 58-81.

(11) JOSAPHAT, Carlos. Visões da razão. In: *Folha de S. Paulo*, Caderno Mais, 29.11.1998. p. 5.

filosóficos, rejeitou o iluminismo, que sob certos aspectos pode ser visto como a maturação da humanidade, e com eles, os direitos humanos. Só foi endossá-los na segunda metade deste século, no Concílio Vaticano II.

Em um tempo como o nosso, de permissividade, falta de ética e lucro a qualquer custo, a Igreja consegue, melhor que a psicologia, pedagogia, jurisprudência e política, "fundamentar por que a moral, os valores éticos e as normas devem valer *incondicionalmente* (e não somente ali onde me parece conveniente) e de uma forma *geral* (para todas as camadas, classes e raças). Salva-se o humano justamente na medida em que é fundamentado pelo divino"(12).

O Concílio Vaticano II afirma que a Igreja é o povo de Deus a caminho da história.

A verdade é atemporal, mas a sua explicitação é histórica. Por isto mesmo, a teologia está em permanente reelaboração. A fé é uma adesão à verdade divina e esta exclui qualquer desamor, qualquer preconceito, qualquer discriminação.

Pacem in Terris, encíclica de João XXIII, dada a público em abril de 1963, ao tratar dos direitos humanos, supera a Declaração de 1948. Por exemplo:

> A Paz na Terra, anseio profundo de todos os homens em qualquer tempo, não se pode estabelecer nem consolidar senão no pleno respeito da ordem instituída por Deus (...). Em uma convivência humana bem constituída e eficiente, é fundamental o princípio de que cada ser humano é pessoa, isto é, natureza dotada de inteligência e vontade livre. Por essa razão, possui em si mesmo direitos e deveres que emanam direta e simultaneamente de sua própria natureza. Trata-se, por conseguinte, de direitos e deveres universais, invioláveis e inalienáveis. E se contemplarmos a dignidade da pessoa humana à luz das verdades reveladas, não poderemos deixar de tê-la em estima incomparavelmente maior. Trata-se, com efeito de pessoas remidas pelo Sangue de Cristo, as quais com a graça se tornaram filhos e amigos de Deus, herdeiros da glória eterna(13).

Em 1987, o Papa João Paulo II pronunciou discurso comemorativo do vigésimo aniversário da Encíclica *Populorum Progressio*, sob o título: *Um verdadeiro drama da história: o progresso de muitos e a miséria da maior parte*. Referindo-se aos milagres econômicos da década de 70, o Papa observa: "O mundo tornara-se pequeno; este era precisamente um dos 'efeitos' do milagre. Mas, em consequência disto, Lázaro já não estava, como antes, distante e invisível, mas sim junto da porta do homem rico e ali ele estava 'coberto de chagas, desejoso de saciar-se com o que caía da mesa do rico' (cf. Lc 16, 19-21). Estava junto, afinal, da nossa porta. (...) Se alguém depois, naquele momento,

(12) KÜNG, Hans. *Projeto de Ética Mundial* — Uma moral Ecumênica em vista da sobrevivência humana. São Paulo: Paulinas, 1993. p. 123.

(13) Pacem in Terris. In: *Encíclicas e Documentos Sociais*. Coletânea organizada e anotada por Frei Constantino Bombo OFMCap. São Paulo: EDUSP/LTr, 1993. p. 17 e 19.

Digitalizado com CamScanner

e, talvez, ainda hoje, reagiu com uma certa intolerância, pensando que o magistério da Igreja, ao tratar de certos argumentos, ultrapasse a própria competência, não será, talvez, inútil considerar exatamente as duas fontes de inspiração há pouco referidas: o Evangelho e a experiência histórica da própria Igreja. Esta, ao promulgar um documento como a Encíclica *Populorum Progressio*, não fez, senão, aplicar, à realidade concreta de uma determinada situação histórica, a luz que recebe da Palavra de Deus e da própria reflexão sobre ela"[14]. O Papa João Paulo II destaca o papel profético desta Encíclica, vinte anos depois:

"Quem ousaria, hoje, pôr em dúvida a intrínseca conexão entre a realidade lacerante da desnutrição, da mortalidade infantil, da fome, do desemprego, da esperança de vida limitada, do endividamento internacional, do desenvolvimento obstaculizado de inteiras nações, e a precariedade de toda a forma de paz a nível local, regional e mundial?" Refere-se, a seguir ,aos sistemas globais de comunicação, invadindo nossas vidas particulares, aos primeiros sintomas do neoliberalismo, e à "chaga do desemprego, a respeito da qual eu falei na Encíclica *Laborem Exercens* (n. 18). Tal chaga, longe de ser contida ou reduzida, continua a alastrar-se em detrimento sobretudo das gerações jovens (...). É preciso, portanto, reconhecer, hoje de modo especial, que a Igreja tem, neste campo, um papel a desempenhar. Tal papel não consiste, certamente, em propor planos técnicos e detalhados, mas em individuar *à luz da herança evangélica, as exigências éticas e as verdadeiras finalidades* dignas do homem, que devem guiar a inteira atividade humana, pessoal e social, particular e pública, econômica, política, internacional"[15].

Repartir o pão

> Então dirá o rei aos que estiverem à sua direita: Vinde,
> benditos de meu Pai, recebei por herança o Reino
> preparado para vós desde a fundação do mundo.
> Pois tive fome e me destes de comer.
> Tive sede e me destes de beber.
> Era forasteiro e me recolhestes.
> Estive nu e me vestistes, doente e me visitastes,
> preso e viestes ver-me. (Mt 25, 34-36.)

A fome, no nosso entender, principal forma de discriminação, é um fato moral, ou melhor dizendo, de falta de moral, falta de moral social, falta de moral individual, de tamanha envergadura, que clama pelo seu fim. Não basta denunciá-la, estudá-la, protestar ou meramente ajudar. Ela deve ser extinta. Que ninguém passe fome sobre a terra, é o clamor mínimo que se pode esperar de uma humanidade digna deste nome, digna de seu Criador.

(14) Discurso de João Paulo II, no XX aniversário da Encíclica "Populorum Progressio", em 24.3.1987. In: *Encíclicas e Documentos Sociais*, p. 309 e ss.

(15) *Idem.*

O Catecismo da Igreja Católica[16] nos ensina: "Jesus compartilha a vida dos pobres desde o estábulo até a cruz; conhece a fome, a sede e a indigência. Mais ainda: identifica-se com os pobres de todos os tipos e faz do amor ativo para com eles a condição para se entrar no seu Reino" (n. 544). Mais adiante: "É diante de Cristo — o qual é a Verdade — que será definitivamente desvendada a verdade sobre a relação de cada homem com Deus. O Juízo Final há de revelar até as últimas consequências o que um tiver feito de bem ou deixado de fazer durante a sua vida terrestre" (n. 1.039). E continua com uma citação de um sermão de Santo Agostinho: "Todo o mal que os maus praticam é registrado sem que o saibam. No dia em que Deus não se calará (Sl 50,3), voltar-se-á para os maus: 'Eu havia — dir-lhes-á — colocado na terra os meus pobrezinhos para vós. Eu, seu Chefe, reinava no céu à direita de meu Pai, mas na terra os meus membros passavam fome. Se tivésseis dado aos meus membros, o vosso dom teria chegado até a Cabeça. Quando coloquei meus pobrezinhos na terra, os constituí meus tesoureiros para recolher as vossas boas obras no meu tesouro; vós, porém, nada depositastes nas suas mãos, razão por que nada possuís junto a mim'".

O Catecismo inclui a fome como expressão de homicídio voluntário: "A aceitação pela sociedade humana de condições de miséria que levem à própria morte sem se esforçar por remediar a situação constitui uma injustiça escandalosa e uma falta grave. Todo aquele que nos seus negócios se der a práticas usurárias e mercantis que provoquem a fome e a morte de seus irmãos de humanidade comete indiretamente um homicídio, que lhe é imputável" (n. 2.269).

Em termos de Brasil, apresentando um subsídio elaborado para a Assembleia da CNBB, em 1º de maio de 1998, Dia do Trabalho, o Arcebispo de Mariana, MG, Dom Luciano Mendes de Almeida, Membro do Pontifício Conselho "Justiça e Paz" do Vaticano, escreve:

> "A justa distribuição de terra mediante a Reforma Agrária acaba de ser apresentada como a solução pelo documento do Pontifício Conselho 'Justiça e Paz' — Para uma melhor distribuição de terra, o desafio da Reforma Agrária[17]. Trata-se de garantir, conforme a Doutrina Social da Igreja, a destinação universal dos bens. Será um caminho novo diante do flagelo do desemprego, especialmente para milhões de famílias sem-terra. A grande mudança que se espera ao alvorecer do Terceiro Milênio é a de podermos olhar nosso país a partir dos sofrimentos e esperanças da grande maioria excluída. Sem esse horizonte, as perspectivas de bem-estar ficarão restritas a uma parcela privilegiada da população."
>
> "A análise da conjuntura ora apresentada aponta alguns caminhos e compromissos: romper com a idolatria do dinheiro, crescer em consciência política pela educação para a cidadania, exercer o direito e o dever de votar, superando

(16) *Catecismo da Igreja Católica*. Petrópolis: Vozes/São Paulo: Loyola, 1993.

(17) São Paulo: Loyola, 1998. *Vide* também a versão popular elaborada por Frei Betto, OP, com o mesmo título. São Paulo: Loyola/Goiânia: CPTm, 1998.

Digitalizado com CamScanner

a corrupção eleitoral, comprometer nosso futuro e, finalmente, acreditar e realizar a justa distribuição de terra mediante uma autêntica Reforma Agrária. Nosso desejo é o de colaborar com as iniciativas de bem, da sociedade civil e do governo, para o advento da nova ordem social, mais solidária e fraterna."(18)

Creio que é ao assumir estes caminhos e compromissos sugeridos no parágrafo anterior que "tornamo-nos participantes de tal missão de Cristo profeta, e, em virtude desta mesma missão e juntamente com Ele, servimos a verdade divina na Igreja. A responsabilidade por esta verdade implica, também, amá-la e procurar obter a sua mais exata compreensão, a fim de torná-la mais próxima de nós mesmos e dos outros, com toda a sua força salvífica, com o seu esplendor, com a sua profundidade e, simultaneamente, a sua simplicidade" (João Paulo II, *Redemptor hominis,* 1979).

Mas nem só do pão vive o homem (cf. Mt 4,4). E outras, além da fome de pão, são as suas fomes e sedes. Estar, como no alento para lutar contra a fome física, só serão saciadas na oração, no despojamento, no saber ouvir e seguir a Jesus Cristo em cada segundo de nossas vidas. Pois Ele não discriminou ninguém. Acolheu fariseus, adúlteras, pecadoras, pecadores de todas as espécies: "Quem beber da água que eu lhe darei, nunca mais terá sede. Pois a água que eu lhe der tornar-se-á nele uma fonte de água jorrando para a vida eterna... Eu sou o pão da vida. Quem vem a mim, nunca mais terá fome, e o que crê em mim nunca mais terá sede" (cf. Jo 4 e 6).

(18) CBJP — Comissão Brasileira Justiça e Paz e IBRADES — Instituto Brasileiro de Desenvolvimento. *Brasil — Desafio e esperança — Análise de Conjuntura.* Subsídio apresentado à 36ª Assembléia Geral da CNBB. São Paulo: Loyola, 1998.

DISCRIMINAÇÃO E DIREITO

Digitalizado com CamScanner

Diferentes, mas Iguais: o Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil[1]

LUÍS ROBERTO BARROSO

1. Apresentação do problema

Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente suas relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, consequentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.

No direito positivo brasileiro, inexiste regra específica sobre a matéria. A Constituição de 1988, que procurou organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual. Como consequência natural, também não faz menção às uniões homoafetivas. Faz referência, no entanto, às uniões *heterossexuais*, reconhecendo como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*[2]. O Código Civil, por sua vez, ao disciplinar o tema da união estável, seguiu a mesma linha[3].

Diante da ausência de disciplina própria para essas questões, impõem-se algumas indagações e linhas de investigação, dentre as quais:

a) a Constituição considera legítima a discriminação das pessoas em função de sua orientação sexual?

---

(1) Trabalho desenvolvido com a colaboração de Cláudio Pereira de Souza Neto, Eduardo Mendonça e Nelson Nascimento Diz, que participaram da pesquisa e da discussão de ideias e de teses.

(2) CF/88, art. 226, § 3º: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

(3) Código Civil, art. 1.723: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Digitalizado com CamScanner

b) a referência feita à união estável entre homem e mulher significa uma proibição da extensão de tal regime jurídico às uniões homoafetivas?

c) inexistindo a vedação constitucional referida na alínea anterior, cumpre determinar, ainda assim, qual regime jurídico deve ser aplicado às uniões homoafetivas:

(i) o das sociedades de fato; ou

(ii) o da união estável.

O presente estudo desenvolve uma tese central e uma tese acessória. A tese principal é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A tese acessória é a de que, ainda quando não fosse uma imposição do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo.

2. A progressiva superação do preconceito

Na década de 1970, nos Estados Unidos, um soldado que havia sido condecorado por bravura na Guerra do Vietnã escreveu ao Secretário da Força Aérea declinando sua condição de homossexual. Foi imediatamente expulso da corporação, com desonra. Ao comentar o episódio, o militar produziu uma frase antológica: "Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro"(4). Na década de 1990, no Brasil, quando se debatia a questão das relações homoafetivas, uma elevada autoridade religiosa declarou: "Os cachorros que me desculpem, mas o projeto de casamento *gay* é uma cachorrada"(5). Vem de longe essa visão depreciativa. Antiguidade, medievo, iluminismo, modernidade: em épocas sucessivas da evolução do pensamento humano, a condição homossexual foi tratada com intolerância, truculência e desapreço.

Os tempos, no entanto, estão mudando. Progressivamente, as relações homoafetivas vêm conquistando aceitação e respeito. Na esfera privada, é crescente o número de pessoas que assumem publicamente e sem temor a sua orientação homossexual. No espaço público, concorridas passeatas e manifestações, em diferentes capitais do país, simbolizam a vitória pessoal de homens e mulheres que derrotaram séculos de opressão para poderem ostentar sua identidade sexual, desfrutar seus afetos e buscar a própria felicidade. É certo que ainda ocorrem manifestações ocasionais de homofobia, inclusive

(4) Disponível em: <http://www.rainbowuniverse.com/newenglandGLBTVets/pressreleases/2003/pro2.htm: Acesso em: 6 nov. 2006. O fato foi amplamente divulgado na ocasião e a frase citada pode ser encontrada em diversos outros sítios.

(5) Disponível em: <http://www.nossomundoeassim.hpg.ig.com.br/canais/menu/frases.htm> Acesso em: 6 nov. 2006.

com o emprego de violência. Mas já não contam com a cumplicidade silenciosa da opinião pública. Aos poucos se consolida uma cultura capaz de aceitar e de apreciar a diversidade.

Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. A despeito da ausência de normatização expressa, a postura do Estado em relação ao assunto tem sido de crescente reconhecimento. Certas manifestações do Poder Público já atribuem às uniões entre pessoas do mesmo sexo, para determinados fins(6), *status* semelhante ao das uniões entre homem e mulher. Não se pode dizer, contudo, que esta seja uma posição dominante ou incontroversa. Pelo contrário, um lance de olhos pela jurisprudência dos diversos tribunais revela a existência de pronunciamentos judiciais divergentes sobre o tema. A título de exemplo, confiram-se duas decisões recentes, uma em cada sentido:

> "Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas"(7).

> "Apelação Cível. Ação declaratória. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença mantida. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida; Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, § 3º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher; revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo"(8).

As uniões estáveis *heterossexuais* também percorreram caminhos feitos de idas e vindas, acolhimentos e rejeições. Com a Constituição de 1988, no entanto, obtiveram reconhecimento institucional pleno, passando a ser caracterizadas como verdadeiras entidades familiares. Na presente investigação sustenta-se a tese de que o mesmo regime deve ser reconhecido às uniões entre pessoas do mesmo sexo, seja por aplicação direta dos princípios constitucionais, seja por integração de lacuna legal existente.

(6) De que é exemplo a matéria previdenciária. No âmbito federal, destaca-se a Instrução Normativa INSS/DC n. 25, de 7 jun. 2000, editada por força de decisão judicial ainda não transitada em julgado (Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0), que estipula procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

(7) TJ/RS, j. 25 jun. 2003, AC 70005488812, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. No mesmo sentido: TJ/RS, j. 17 nov. 2004, AC 70009550070, Rel. Desª Maria Berenice Dias; TJ/RJ, j. 21 mar. 2006, AC 2005.001.34933, Rel. Desª Letícia Sardas.

(8) TJ/MG, j. 24 maio 2006, AC 1.0024.04.537121-8/002, Rel. Des. Domingos Coelho. No mesmo sentido: TJ/RJ, j. 7 fev. 2006, AC 2006.001.00660, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto; TJ/SP, j. 7 jun. 2005, AI 388.800-4/7, Rel. Des. José Joaquim dos Santos.

Digitalizado com CamScanner

Parte I

Pré-compreensão do tema e panorama do direito comparado

1. Orientação sexual, relações homoafetivas e o papel do Direito e do Estado

A interpretação constitucional, como a interpretação jurídica em geral, não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de *pré-compreensão*[9]. É hoje pacífico que o papel do intérprete não é — porque não pode ser — apenas o de descobrir e revelar a solução que estaria abstratamente contida na norma. Diversamente, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, a ele caberá fazer, com frequência, valorações *in concreto* e escolhas fundamentadas.

Porque assim é, há um dever ético do intérprete de declinar a sua pré-concepção a propósito da matéria que está sendo interpretada, o que significa dizer, explicitar o seu ponto de observação e os valores e fatores que influenciam sua argumentação[10]. Tal atitude de honestidade intelectual e transparência permite a compreensão correta da fundamentação adotada, bem como o controle e a crítica do processo interpretativo. Nessa linha, cabe declinar, ao início, que o presente estudo se funda nas seguintes visões de mundo:

a) a homossexualidade é um fato da vida;

b) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um;

c) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais;

d) o papel do Estado e do Direito é o de acolher — e não o de rejeitar — aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

Não há consenso acerca das razões que determinam a orientação sexual dos indivíduos. Existem estudos dotados de seriedade científica que certificam que a orientação

(9) V. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, 1997. p. 320 e ss.; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 1997. p. 285 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, 2003. tomo II, p. 3 e ss.; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, 2006. p. 30 e ss.

(10) Nesse sentido, v. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 1997. p. 293: "É tão certo que ninguém é imune a estes pré-juízos como também seria errôneo ver neles uma barreira absoluta e intransponível. Mas a sua superação não é de todo em todo possível senão mediante um processo permanente de autoexame e a preocupação constante com a 'questão em si mesma'. Uma disponibilidade para tal é a primeira exigência que se tem de colocar tanto ao juiz como ao cientista do Direito".

sexual é decorrente de fatores genéticos[11]. Segundo outros estudos, igualmente sérios, os fatores determinantes seriam sociais. Não é importante tomar partido nesse debate, salvo para deixar claro que a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida. Deve-se destacar, ademais, que o fato do homossexualismo não viola qualquer norma jurídica[12], nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida "correto" — o seu modo de vida — para os outros indivíduos.

As concepções religiosas dogmáticas, as ideologias cerradas e as doutrinas abrangentes em geral fazem parte da vida contemporânea. E, nos limites da Constituição e das leis, têm o direito de participar do debate público e de expressar os seus pontos de vista, que, em alguns casos, traduzem intolerância ou dificuldade de compreender o outro, o diferente, o homossexual. Mas a ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais. Como assinalado, o intérprete constitucional deve ser consciente de suas pré-concepções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e autoconhecimento no tocante a seus desejos e frustrações[13]. Seus sentimentos e escolhas pessoais não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela *razão pública*[14].

As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma consequência direta e inevitável da existência de uma orientação homossexual. Por isso mesmo, também

(11) Em estudo realizado nos EUA, chegou-se aos seguintes resultados: entre gêmeos univitelinos, se um dos irmãos era homossexual, em 52% dos casos o outro também era; entre gêmeos bivitelinos, o percentual ficava em 22%; entre irmãos adotivos, se restringia a 11%. A pesquisa demonstra que a orientação sexual é influenciada pelo ambiente familiar, mas é influenciada também, e decisivamente, por fatores genéticos. A pesquisa é reportada por DIAS, Maria Berenice. *União homossexual:* o preconceito e a justiça, 2001. p. 43.

(12) Essa afirmação é inquestionavelmente válida para o Brasil, assim como para a maioria dos países. Nem mesmo a Suprema Corte norte-americana, em sua atual tendência conservadora, ousou dizer o contrário. No julgamento do caso *Lawrence et al. v. Texas*, que será comentado adiante, declarou-se a inconstitucionalidade da criminalização da chamada sodomia.

(13) BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *Temas de direito constitucional*, 2003, tomo II, p. 10: "A *neutralidade*, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas".

(14) O uso da razão pública importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos — cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores — e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. O contrário seria privilegiar as opções de determinados segmentos sociais em detrimento das de outros, desconsiderando que o pluralismo é não apenas um fato social inegável, mas também um dos fundamentos expressos da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1º, inciso V, da Constituição. Sobre esta temática, v. especialmente as obras de John Rawls, notadamente: *Uma teoria da justiça; O liberalismo político, e o direito dos povos*. Na literatura nacional, v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2005; e OLIVEIRA, Nythamar de. *Rawls*, 2005.

Digitalizado com CamScanner

são um fato da vida, que não é interditado pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um. As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejada situação de insegurança. O assunto será aprofundado mais adiante.

Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido — como houve — uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, a não extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional, pelos motivos que serão apresentados ao longo do presente estudo. A história dos diferentes países registra exemplos trágicos de discriminação fundada em fatores inatos ou inelutáveis, como raça, deficiência física ou homossexualidade. Foi assim na Alemanha nazista[15], na África do Sul do *apartheid*[16] e nos Estados Unidos até o final dos anos 1960[17]. Todas essas diferenciações que vigoraram no século passado — há poucas décadas, portanto — são hoje em dia consideradas odiosas.

Na verdade, nem sequer é preciso citar exemplos tão extremos. Poucas matérias têm sofrido mutação tão acelerada quanto as relações familiares. Até há pouco tempo, aceitava-se como normal a superioridade jurídica dos homens sobre as mulheres. Esse entendimento era consagrado, *e. g.*, no Código Civil brasileiro de 1916, em dispositivos que atribuíam ao homem a chefia da família e a primazia na educação dos filhos. O avanço do processo civilizatório se encarregou de condenar essas manifestações autoritárias e assentar a igual dignidade das diferentes etnias e confissões religiosas, assim como a paridade jurídica entre homem e mulher. O mesmo processo tem atuado para repelir a discriminação dos homossexuais, no que se inclui naturalmente o reconhecimento jurídico de suas uniões afetivas.

O Estado inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, tem cedido passo, historicamente, ao Estado solidário, agente da tolerância e da inclusão social. Alguns exemplos da experiência internacional ilustram o ponto.

(15) A Alemanha nazista proibia casamentos entre judeus e alemães da chamada raça ariana, atribuindo competência aos promotores públicos para anulá-los, além de cominar pena de trabalhos forçados para aqueles que violassem a norma. As relações extraconjugais também eram proibidas, tudo para proteger a pureza do sangue alemão. As normas em questão encontravam-se na Lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã, de 15 set. 1935.

(16) O casamento inter-racial (entre brancos e não brancos) era considerado ilegal. V. *Prohibition of mixed marriages act* (N. 55), de 1949. Posteriormente, relações sexuais entre brancos e não brancos passaram a ser igualmente vedadas. V. *Immorality act* (N. 21), de 1950, que alterava o *Immorality act* (N. 5), de 1927, que já proibia relações sexuais entre brancos e negros.

(17) Nos Estados Unidos, o casamento inter-racial também chegou a ser proibido em alguns estados, como Alabama, Arizona, Geórgia, Montana, Oklahoma, Texas, e Virginia, o que somente veio a ser declarado inconstitucional pela Suprema Corte em 1967, no julgamento do caso *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1).

2. A união estável entre pessoas do mesmo sexo no direito comparado

A discussão sobre o tratamento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem lugar não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, observando-se uma tendência ao reconhecimento, tanto por meio de atos normativos quanto por decisões judiciais[18]. Em muitos casos, observa-se nítida superposição entre essas duas esferas, de modo que manifestações judiciais disseminam o debate e atribuem direitos que acabam sendo formalmente incorporados pelo legislador. Observe-se, por exemplo, o caso europeu.

Na década de 1990, vários países concederam proteção jurídica às uniões homoafetivas, ganhando destaque o regime de parceria registrada. A vanguarda foi assumida pela Dinamarca, que promulgou a lei de regência em 1989[19]. Noruega[20], Suécia[21] e Islândia[22] seguiram o exemplo dinamarquês, aprovando leis referentes à convivência registrada, reconhecendo direitos e obrigações mútuas entre pessoas do mesmo sexo. Na Holanda[23], a convivência registrada não se dirige somente aos homossexuais, mas a todos os que não querem ou não podem se casar[24]. Em 2001, o legislador holandês foi o primeiro a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com iguais direitos e deveres, bem como consequências jurídicas idênticas às do casamento heterossexual[25]. A Bélgica seguiu o caminho, permitindo igualmente, em 2003, o casamento entre pessoas do mesmo sexo[26].

A legislação catalã[27] também é bastante avançada no que diz respeito à paridade de direitos entre casais homossexuais e heterossexuais. Há uma única lei, de 1998, para regular as uniões estáveis, independente da orientação sexual dos pares. Na França,

(18) A exposição da jurisprudência estrangeira beneficiou-se de pesquisa gentilmente cedida pelo Professor Daniel Sarmento.

(19) Lei n. 372/89.

(20) Lei n. 40/93.

(21) Esta lei entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995, estabelecendo que a convivência registrada tem as mesmas consequências de um casamento, com exceção da possibilidade de adoção. Uma ressalva também é feita quando as leis sobre inseminação e fertilização *in vitro*, as quais não se aplicam aos conviventes.

(22) Trata-se da Lei n. 564/96, bastante similar à lei sueca.

(23) Esta lei entrou em vigor em 1º de janeiro de 1998, estabelecendo que a parceria civil é considerada como equivalente ao casamento civil, sendo suas consequências virtualmente idênticas.

(24) A professora Maria Celina Bodin de Moraes (A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, 1:89, 2000, p. 100) atenta para outra possibilidade permitida pelo legislador holandês: o contrato de coabitação para a formalização de relação com um parceiro, o qual serve apenas para regular o que as partes acordam entre sim, sendo válido somente entre elas, sem consequências perante terceiros.

(25) Esta lei entrou em vigor em 1º de abril 2001.

(26) Esta lei entrou em vigor em 30 de janeiro 2003.

(27) Trata-se da *Ley sobre uniones estables de parejas da Cataluña*, de 30 de junho de 1998.

Digitalizado com CamScanner

em outubro de 1999, foi aprovado o Projeto de Lei n. 207 sobre o *Pacte Civil de Solidarité*, conhecido como PaCS, possibilitando a união entre casais não ligados pelo matrimônio e atribuindo-lhes um conjunto abrangente de direitos e deveres recíprocos. Este pacto pode ser estabelecido por duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, com o objetivo de organizar a sua vida em comum. Em 15 de março de 2001, o Parlamento português aprovou o Decreto n. 56/VIII[28], adotando medidas de proteção às uniões de fato. A lei regula as situações jurídicas de duas pessoas, independente do sexo, que vivem em união de fato há mais de dois anos. Na Alemanha, também em 2001, entrou em vigor lei reconhecendo as uniões homoafetivas, permitindo que os envolvidos regulem sua vida em comum por meio de um contrato.

Essa tendência de reconhecimento das relações homoafetivas caracteriza não só os Estados europeus, separadamente, mas também a União Europeia, em seu conjunto. É importante mencionar a Resolução do Parlamento Europeu[29], de 8 de fevereiro de 1994, sobre a paridade de direitos dos homossexuais da Comunidade Europeia, estabelecendo o dever de se respeitar o princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independente de sua orientação sexual.

Nas Américas, destacam-se Canadá, Argentina e Estados Unidos. O Canadá protege o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base no *Civil Marriage Act*[30], de 2005. Antes que a lei entrasse em vigor, houve consulta à Suprema Corte acerca da sua constitucionalidade, possibilidade admitida na ordem jurídica canadense. O Tribunal não apenas declarou que a lei não violava dispositivos constitucionais, como afirmou que a medida realizava o princípio da igualdade[31]. Tal resposta era até previsível,

(28) Resultou na Lei n. 7/01, de 11 de maio, que adotou medidas de proteção às uniões de fato, revogando a Lei n. 135/99.

(29) A recomendação sobre a Paridade de Direitos de Homossexuais consta do Doc. n. A3-0028/94, sendo as Resoluções de 17 de setembro de 1996; 8 de abril de 1997; 17 de fevereiro de1998; e 17 de setembro de 1998 também relativas à paridade de direitos para os homossexuais.

(30) Diz a ementa: Este ato estende, para efeitos civis, a capacidade legal de casamento a casais formados por pessoas de mesmo sexo, de modo a refletir valores de tolerância, respeito e igualdade, de acordo com a Carta canadense de Direitos e Liberdades. Emendas em outros atos são consequentemente feitas por este ato para garantir igual acesso aos efeitos civis do casamento e divórcio a casais formados por pessoas de mesmo sexo. (Tradução livre)

(31) Manifestações semelhantes já foram realizadas por supremas cortes ou tribunais constitucionais de outros países. É o caso da África do Sul, cujo Tribunal Constitucional declarou incompatível com a Constituição a proibição do casamento homoafetivo, concedendo prazo de um ano ao legislador para que suprima o vício sob pena de se considerar automaticamente estendida aos homossexuais a possibilidade do casamento (Caso CCT n. 60/04, *Minister of Home Affairs and Another v. Marie Adriaana Fourie and Another*). No mesmo sentido, vale mencionar o caso da Hungria, cuja Corte Constitucional proferiu decisão semelhante no âmbito da união estável (Decisão n. 14/95). Por fim, destaca-se a Suprema Corte de Israel, que considerou inconstitucional a prática de determinada empresa que concedia benefícios aos parceiros de seus funcionários heterossexuais, mas os negava no caso de uniões homoafetivas (Caso *El-Al Israel Airlines v. Danilowitz*, julgado em 1994). Após a manifestação da Corte, verificou-se uma modificação na ordem jurídica israelense, baseada no *common law*, que passou a reconhecer esse tipo de união.

considerando que a edição da referida lei ocorreu após um conjunto de decisões judiciais que reconheciam às uniões homoafetivas proteção similar à conferida aos casais heterossexuais. A principal decisão partira justamente da Suprema Corte, que declarou inconstitucional lei que permitia a concessão de alimentos em razão de união estável apenas no caso de casais do sexo oposto, excluindo os homossexuais[32].

Em relação à Argentina, a legislação da Cidade Autônoma de Buenos Aires reconhece, desde 2002, a união civil entre pessoas do mesmo sexo. A ordem jurídica daquela província considera união civil aquela formada livremente por duas pessoas, independentemente do gênero ou orientação sexual[33].

Nos Estados Unidos, alguns tribunais estaduais já decidiram, com base na cláusula da *equal protection*, não ser possível excluir uniões homoafetivas dos benefícios e das proteções previstas pela legislação aos cônjuges heterossexuais[34]. Vale também mencionar o julgamento, pela Suprema Corte, do caso *Romer V. Evans*[35], que declarou inconstitucional uma emenda à Constituição do estado do Colorado, aprovada em referendo estadual, que impedia toda e qualquer autoridade estadual de praticar atos que resultassem em proteção às pessoas de orientação homossexual em face de qualquer tipo de discriminação. Na ocasião, a Corte afirmou que desequiparações até seriam possíveis, desde que tivessem fundamento razoável, diferente do mero propósito de demonstrar animosidade contra aquelas pessoas[36]. Na mesma linha foi a decisão da Suprema Corte no caso *Lawrence et al. v. Texas*[37], no qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que criminalizava a sodomia[38]. Embora não diga respeito ao tratamento jurídico das uniões homossexuais, tal decisão afastou qualquer dúvida sobre a licitude das relações homossexuais naquele país.

Feitas essas notas sobre a pré-compreensão do tema e sobre o direito comparado, passa-se à exposição dos fundamentos extraídos da Constituição de 1988 que impõem a extensão do regime da união estável às relações homoafetivas.

(32) Trata-se do Caso *M. v. H.* (142 D. L. R 4th), julgado em 1996.

(33) Trata-se da Lei da cidade autônoma de Buenos Aires (*Ley CABA*) n. 1.004/02, que cria o registro público de uniões civis, de 12 de dezembro de 2002.

(34) A decisão mais incisiva foi proferida pela Suprema Corte do Estado de Massachusets, no caso *Goodridge v. Department of Public Health*, julgado em 2003. O Tribunal assentou que a não extensão do casamento aos casais do mesmo sexo violava a igualdade e o devido processo legal, afirmando que os argumentos apontados para justificar a discriminação não seriam capazes de justificar a quebra da isonomia.

(35) *Romer v. Evans*, 517 US 620 (1996).

(36) Uma descrição e análise do caso encontram-se em DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue — the theory and practice of equality*, 2000. p. 456-65.

(37) LAWRENCE *et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

(38) Os principais estados que proibiam a sodomia homossexual eram Texas, Oklahoma, Kansas e Missouri.

Digitalizado com CamScanner

Parte II

A Constituição de 1988 e o reconhecimento jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo

1. Uniões homoafetivas e princípios constitucionais

O ambiente filosófico do direito constitucional contemporâneo é o do *pós-positivismo*, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se (i) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, (ii) o reconhecimento de normatividade aos princípios e (iii) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito.

Em meio a esses princípios e direitos fundamentais encontram-se alguns que são decisivos para o enquadramento ético e jurídico da questão aqui enfrentada. Em primeiro lugar, o mandamento magno da *igualdade*, a virtude soberana[39], manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da *liberdade*, que se colhe nos princípios da livre-iniciativa (cuja dimensão, relembre-se, não é apenas a de liberdade econômica) e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional[40]. Acrescente-se, ainda, o princípio da *dignidade da pessoa humana*, que ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na sua versão de integridade física como moral[41]. E, por fim, o princípio da *segurança jurídica*, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos[42].

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale

(39) A expressão é de DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue*, 2000.

(40) V. BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1. ed. 1999). p. 75 e ss.

(41) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, 2001; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana, 2001; MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 1998; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil:* teoria geral, 2005.

(42) V. SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). In: *Revista de Direito Administrativo*, 237:271, 2004.

dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de "menos-valia": menos importante, menos correto, menos digno[43].

1.1. Princípio da igualdade

> *As pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.*
>
> Boaventura de Sousa Santos[44]

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma "*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*". O art. 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República "*construir uma sociedade livre, justa e solidária*" e "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*". O *caput* do art. 5º reafirma que "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*". O constituinte incluiu, ainda, menções expressas de rejeição ao racismo[45] e à discriminação contras as mulheres[46].

Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição é refratária a todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas[47].

(43) V. FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: *Revista dos Tribunais*, 732:47, 1996, p. 53: "Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns 'nós' que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso socioafetivo".

(44) SANTOS, Boaventura de Sousa. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial. Porto Alegre, 2001.

(45) CF/88, art. 5º, XLII: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

(46) CF/88, art. 5º, I: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

(47) Nesse sentido, v. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 2005. p. 48.

Digitalizado com CamScanner

O desenvolvimento do tema, para os fins aqui visados, remete a algumas categorias conceituais tradicionais no estudo dessa matéria.

1.1.1. Igualdade formal e material. Igualdade na lei e perante a lei

A igualdade *formal*, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicanamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade *material*, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, de vez que é associada à ideia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente[48].

Pois bem: a questão aqui estudada resolve-se no plano da igualdade puramente formal, sem envolver quaisquer das dificuldades teóricas e práticas presentes na concretização da igualdade material. A não desequiparação onde não exista um motivo relevante e legítimo que a justifique deve ser a conduta de todos os órgãos e agentes públicos e, dentro de certa medida, deve ser imposta até mesmo aos particulares[49]. Há precedentes, inclusive, sancionando a discriminação contra homossexuais[50].

A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da *igualdade na lei* — comando dirigido ao legislador — quanto para a *igualdade perante a lei*, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes — doutrinários, administrativos ou judiciais — devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente,

(48) Sobre o tema, v. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999.

(49) A jurisprudência do STF fornece o seguinte exemplo: "(...) I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, *caput*). II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional (...)". (STF, *DJU* 19 dez. 1997, RE n. 161.243/DF, Rel. Min. Carlos Velloso). Na doutrina, acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais, v. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004.

(50) A título de exemplo, em matéria trabalhista, v. TRT – 2ª Reg., *DJU* 14 out. 2005, Acórdão n. 20050694159 (processo n. 00742-2002-019-02-00-9), Rel. Juiz Valdir Florindo: "OPÇÃO SEXUAL. DEMISSÃO. DANO MORAL CONFIGURADO (...) O homossexual não pode ser marginalizado pelo simples fato de direcionar sua atenção para outra pessoa do mesmo sexo, já que sequer pode-se precisar o que define a opção sexual do ser humano: se fatores biológicos, psicológicos ou até mesmo ambos. De todo acerto e procedência é a decisão de primeiro grau, que censurou a atitude da recorrente. Não há razão alguma ou argumento que possa retirar a condenação". No mesmo sentido, v. TRT – 15ª Reg., *DJU* 1º out. 2004, Decisão n. 038.178/2004-PATR (processo n. 01673-2001-096-15-00-8 ROPS), Relª Juíza Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza.

efeitos inequitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma *corretiva*, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição.

É certo que, apesar da linguagem peremptória dos diversos dispositivos constitucionais, não é fato que toda e qualquer desequiparação seja inválida. Pelo contrário, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios[51]. Aliás, a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional e nacionalidade, dentre outros. O que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação seja razoável e o fim por ela visado seja legítimo[52]. No caso concreto, cuida-se de saber se a orientação sexual é um fator aceitável de discrimen para se negar às relações homoafetivas regime jurídico equiparável ao das uniões estáveis.

Cumpre investigar, assim, a razoabilidade e a legitimidade da negação de direitos que tem por fator de diferenciação a homossexualidade das partes. Note-se que a Constituição é expressa ao considerar suspeitas desequiparações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (art. 3º, IV). No item gênero, por certo, está implícita a orientação sexual. No caso de uma classificação suspeita, agrava-se o ônus argumentativo de quem vai sustentá-la. A este propósito, os autores que defendem a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável procuram justificar sua posição com base em três fundamentos, a seguir analisados: a impossibilidade de procriação, a violação dos padrões de "normalidade moral" e a incompatibilidade com os valores cristãos. Nenhum deles resiste ao crivo da razão pública.

1.2.1. Fundamentos invocados para a desequiparação

A impossibilidade de procriação não é uma justificativa razoável para o tratamento desigual. Em primeiro lugar porque esta não é, obviamente, a única função da família. No cerne da noção contemporânea de família está a afetividade, o projeto de comunhão de vidas, independentemente da sexualidade[53]. O próprio Código Civil impõe como

(51) V. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1993 (1. ed. 1978), p. 11; e CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*, 1983. p. 44.

(52) BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1. ed. 1999). p. 161.

(53) SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Adoção por casais homossexuais. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, 30:124, 2005, p. 143: "Com razão, se o afeto é o que justifica o respeito mútuo, a durabilidade e a solidez, indispensáveis para que as uniões formem uma estrutura familiar (independente do sexo biológico e da orientação de desejo dos seus membros), as relações homossexuais evidenciam todas as nuanças distintivas do fenômeno humano, ora juridicizado pelo Direito de Família". No mesmo sentido, v. tb. FARIAS, Cristiano Chaves de. Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição da República. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, 28:26, 2005, p. 33; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo — aspectos jurídicos e sociais*, 2004. p. 27; e FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos*, 2004. p. 80-1.

Digitalizado com CamScanner

requisito para a caracterização de união estável apenas a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Não há qualquer referência à procriação. Além disso, o reconhecimento constitucional da família monoparental[54] afasta definitivamente o argumento de que a impossibilidade de procriação seja um óbice à atribuição do *status familiae*[55]. À vista de tais elementos, não se legitima a exclusão de pessoas do mesmo sexo da categoria entidade familiar nem do regime jurídico da união estável, se o que as une é a mesma afetividade e o mesmo projeto de vida comum que ligam as pessoas de sexos opostos.

Outro argumento encontrado na doutrina é o de que as relações entre pessoas do mesmo sexo não podem ser reconhecidas como familiares porque escapariam aos padrões de "normalidade moral". Não é o caso de se enveredar aqui pela discussão acerca do que é *normal*, lembrando apenas que em épocas e lugares diferentes já foram ou são normais a tortura, a escravidão e a mutilação. O que cabe discutir aqui — e rejeitar — é a imposição autoritária da moral dominante à minoria, sobretudo quando a conduta desta não afeta terceiros. Em uma sociedade democrática e pluralista, deve-se reconhecer a legitimidade de identidades alternativas ao padrão majoritário. O estabelecimento de *standards* de moralidade já justificou, ao longo da história, variadas formas de exclusão social e política, valendo-se do discurso médico, religioso ou da repressão direta do poder[56]. Não há razão para se reproduzir o erro.

Uma terceira e última corrente que procura justificar a discriminação em relação às uniões homoafetivas baseia-se na seguinte linha: a de não ser possível atribuir *status* familiar a tais relações, por serem elas contrárias aos *valores cristãos*[57]. Este argumento pode ter importância no debate que se instaure no interior das confissões religiosas. Mas, como intuitivo, não pode prevalecer no espaço público de um Estado laico[58].

(54) CF/88, art. 226, § 4º: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

(55) V. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo* — aspectos jurídicos e sociais, 2004. p. 33.

(56) ARÁN, Márcia; CORRÊA, Marilena V. Sexualidade e política na cultura contemporânea: o reconhecimento social e jurídico do casal homossexual. In: *Physis*, 14(2):329, 2004.

(57) Quanto ao ponto, v. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Da sociedade entre homossexuais. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 59:26, 2004, p. 30: "Esta [a convivência de pessoas do mesmo sexo], como visto, sem desviar de aspectos psicológicos e humanos que as possam envolver, não passam de meras situações de fato, com repercussões apenas no plano patrimonial, como se uma sociedade de fato houvera, o que jamais pode converter-se em casamento, diante de sua concepção agasalhada no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de suas raízes históricas e em face dos valores cristãos, que informam o matrimônio".

(58) Como se sabe, a Igreja Católica nem sequer reconhece as uniões estáveis entre homens e mulheres. Em discurso recente (19 out. 2006), o Papa reafirmou a posição: "Hoje uma atenção especial e um compromisso extraordinário são exigidos daqueles grandes desafios em que vastas porções da família humana estão em maior perigo: as guerras e o terrorismo, a fome e a sede, e algumas epidemias terríveis. Mas é necessário também enfrentar, com iguais determinação e clareza de intenções, o risco de opções políticas e legislativas que contradizem valores fundamentais e princípios antropológicos e éticos radicados na natureza do ser humano, de modo particular no que se refere à tutela da vida humana em todas as suas fases,

Evita-se aqui o desvio — apesar do seu fascínio — de discutir se os *valores cristãos* não seriam realizados de forma melhor pela compreensão, pela tolerância e pelo amparo, em lugar da negação.

Um último comentário. O conteúdo do princípio da igualdade sofreu uma importante expansão nas últimas décadas. No contexto do embate entre capitalismo e socialismo, os temas centrais de discussão gravitavam em torno da promoção de igualdade material e da redistribuição de riquezas. Com o fim da guerra fria, entraram na agenda pública outros temas, sobretudo os que envolvem as denominadas *políticas de reconhecimento*, designação sob a qual se travam as discussões acerca de etnia, gênero e orientação sexual. Sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, passou-se a enfatizar a ideia de que devem ser respeitados todos os projetos pessoais de vida e todas as identidades culturais, ainda quando não sejam majoritários.

1.2. Princípio da liberdade pessoal, do qual decorre a autonomia privada

> *Se nascemos numa sociedade que nos ensina certos valores morais — justiça, igualdade, veracidade, generosidade, coragem, amizade, direito à felicidade — e, no entanto, impede a concretização deles porque está organizada e estruturada de modo a impedi-los, o reconhecimento da contradição entre o ideal e a realidade é o primeiro momento da liberdade e da vida ética como recusa da violência. O segundo momento é a busca das brechas pelas quais possa passar o possível, isto é, uma outra sociedade que concretize no real aquilo que a nossa propõe no ideal.*
>
> Marilena Chauí[59]

Duas concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de autodeterminação, de deliberação sem interferências externas. Liberdade, assim, é um ato de decisão e escolha entre várias alternativas possíveis. Na concepção oposta, a liberdade não é um ato de escolha do indivíduo, mas o produto de um contexto externo a ele, seja a natureza ou uma infraestrutura econômica. É preciso que a realidade concreta lhe dê condições para ser livre. Modernamente, uma terceira concepção tem prevalecido, reunindo elementos de uma e de outra. A liberdade, efetivamente, tem um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade objetiva de decidir[60].

desde a concepção até à morte natural, e à promoção da família fundada no matrimónio, evitando introduzir no ordenamento público outras formas de união que contribuíriam para a desestabilizar, obscurecendo o seu caráter peculiar e o seu papel social insubstituível.". Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/october/documents/hf_ben_xvi_spe_20061019_convegno-verona_po.html> Acesso em: 9 nov. 2006.

(59) CHAUÍ, Marilena. *Convite a filosofia*. 1999. p. 365.

(60) *Ibidem*, p. 360-2.

Digitalizado com CamScanner

Passando da filosofia para a teoria do Direito e para a teoria democrática, é de se consignar que um Estado democrático de Direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar[61]. As pessoas devem ter o direito de desenvolver a sua personalidade e as instituições políticas e jurídicas devem promover esse desenvolvimento, e não dificultá-lo. Certas manifestações da liberdade guardam conexão ainda mais estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade, merecendo proteção redobrada[62]. É o caso, por exemplo, da liberdade religiosa, de pensamento e de expressão. E também da liberdade de escolher as pessoas com quem manter relações de afeto e companheirismo. De maneira plena, com todas as consequências normalmente atribuídas a esse *status*[63]. E não de forma clandestina.

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não regulado pelo Direito. Esta seria, na verdade, uma forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas.

A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. A imposição de restrições deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. Essa é uma exigência do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, mais especificamente do subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*[64]. No caso, por se tratar da dimensão existencial

(61) Registre-se que, para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. As pessoas devem ter liberdades individuais que não podem ser cerceadas pela maioria, pela imposição de sua própria moral. Sobre o tema, v. DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue*, 2000. p. 453 e ss.

(62) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004. p. 241: "Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Tais liberdades não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que sejam".

(63) Nesse sentido, v. FUGIE, Érika Harumi. Inconstitucionalidade do art. 226, §3º, da CF? In: *Revista dos Tribunais*, 813:64, 2003, p. 76: "De modo que a liberdade de expressão sexual, como direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objeto a própria pessoa. Assim, é dotado de uma especificidade e se insere no *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo do indivíduo. De maneira que o aniquilamento de um direito de personalidade ofusca a pessoa como tal. A esses direitos mais preciosos relativos à pessoa se atribui a denominação de medula da personalidade. Assim, o direito à orientação sexual, em sendo um direito de personalidade, é atributo inerente à pessoa humana".

(64) Sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004. p. 244; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 2003. p. 116-7; e STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001. p. 152-3.

da autonomia privada, apenas razões de especial relevância — como a necessidade de conciliação com o núcleo de outro direito fundamental — poderiam justificar uma ponderação para o fim de compatibilizar os interesses em conflito.

Ocorre, porém, que o não reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a uma determinada concepção moral, que pode até contar com muitos adeptos, mas que não se impõe como juridicamente vinculante em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de *perfeccionismo* ou autoritarismo moral[65], próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar *indivíduos adequados*[66]. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

1.3. *Princípio da dignidade da pessoa humana*

O princípio da dignidade da pessoa humana migrou da religião e da filosofia para o Direito nas últimas décadas, tendo sido incluído em documentos internacionais e em Constituições democráticas. A Constituição brasileira de 1988 abrigou-o expressamente, dando início a uma fecunda produção doutrinária que procura dar-lhe densidade jurídica e objetividade[67]. A dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. Expressão nuclear dos direitos fundamentais, a dignidade abriga conteúdos diversos, que incluem

(65) NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*, 2005. p. 205: "*La concepción opuesta al principio de autonomía tal como lo he presentado se suele denominar 'perfeccionismo'. Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado pude, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores*".

(66) ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*, 1997. p. 370-1: "O moderno Estado totalitário, que intervém em todos os sectores da vida e para o qual servem como exemplo a Rússia estalinista e a Alemanha nazi, reclama realizar as suas ideias políticas, econômicas e sociais mesmo na esfera privada (...). No moderno Estado totalitário pretende-se subordinar aos objetivos de Estado e colocar ao seu serviço não só a economia, o mercado de trabalho e a actividade profissional, mas também a vida social, os tempos livres, a família, todas as convicções e toda a cultura e os costumes do povo".

(67) A partir do final da década de 1990, a produção nacional passou a voltar-se para o tema. Confiram-se alguns trabalhos representativos: SILVA, José Afonso da. Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, 212:89, 1998; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1999; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, 2001; ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 2001; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana, 2001; MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003.

Digitalizado com CamScanner

condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade[68]. Do ponto de vista moral, *ser* é muito mais do que *ter*.

É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana[69]. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da ideia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: (i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo[70]; e (ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual "reconhecimento"[71]. A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

Em primeiro lugar, tal exclusão funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório. As relações afetivas são vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares. O indivíduo é tratado, então, como meio para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos.

(68) KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*, 2005 (edição original de 1785). p. 77-8: "No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade". Explicitando o pensamento de Kant, com remissão a B. Freitag, averbou MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2003: "De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Würden*). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade".

(69) MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União de pessoas do mesmo sexo* — aspectos jurídicos e sociais, 2004. p. 148: "Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana".

(70) Esta é, como se sabe, uma das máximas do *imperativo categórico* kantiano, proposições éticas superadoras do utilitarismo. V. KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. 1951. V. tb. HONDERICH, Ted. (Editor). *The Oxford companion to philosophy*, 1995. p. 589; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: valores e princípios constitucionais tributários, 2005; e TERRA, Ricardo. *Kant e o direito*, 2005.

(71) V. TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: *Argumentos filosóficos*, 2000; LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas. In: GOLIN, Celio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (Orgs.). *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas*, 2003.

Em segundo lugar, a discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A ideia de *igual respeito e consideração* se traduz no conceito de "reconhecimento". As identidades particulares, ainda que minoritárias, são dignas de reconhecimento.

Atualmente já se sabe que o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (do *self*[72]) e no desenvolvimento de autoestima. A formação dessa identidade, do modo como cada um se autocompreende, depende do olhar do outro; é um processo dialógico. O não reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal. A distinção ora em exame, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos no Ocidente. Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana.

1.4. Princípio da segurança jurídica

A segurança jurídica constitui um elemento importante para a paz de espírito e para a paz social. Ao contrário dos princípios anteriores, este não incide diretamente para reger a hipótese, mas sim como vetor interpretativo do quadro normativo existente. O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança. Para promovê-los, o Estado e o Direito são dotados de instituições e de institutos que incluem o próprio Poder Judiciário — que tem por fim precípuo assegurar o primado da Constituição e das leis — e categorias como a anterioridade, a continuidade e a irretroatividade das leis, assim como mecanismos de tutela das expectativas legítimas e da preservação de efeitos de atos que venham a ser invalidados[73]. A exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um outro regime específico aplicável, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu enquadramento jurídico. Esse quadro de incerteza — alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes — afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros. Vale dizer: criam-se problemas para as pessoas diretamente envolvidas e para a sociedade.

Os primeiros afetados são, por certo, os partícipes das relações homoafetivas. O desenvolvimento de um projeto de vida comum tende a produzir reflexos existenciais e patrimoniais. Diante disso, é natural que as partes queiram ter previsibilidade em temas

(72) TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: *Argumentos filosóficos*, 2000.

(73) V. SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). In: *Revista de Direito Administrativo*, 237:271, 2004.

Digitalizado com CamScanner

envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, dentre outros. Todos esses aspectos encontram-se equacionados no tratamento que o Código Civil dá às uniões estáveis[74]. Sua extensão às relações homoafetivas teria o condão de superar a insegurança jurídica na matéria.

De fora parte isto, a indefinição sobre o regime aplicável pode afetar, igualmente, terceiros que venham a estabelecer relações negociais com algum dos envolvidos na parceria homoafetiva[75]. É que, como regra, pessoas que vivem em união estável necessitam de anuência do companheiro, por exemplo, para alienar bens e conceder garantia. Dúvida haverá, também, sobre a responsabilidade patrimonial por dívidas individuais ou dívidas comuns aos companheiros. Há incertezas jurídicas, portanto, quanto a formalidades e quanto a aspectos de direito material envolvendo as relações entre parceiros homoafetivos e terceiros.

Dessa forma, se é possível interpretar o direito posto de modo a prestigiar o princípio da segurança jurídica, e inexistindo outro valor de estatura constitucional que a ele se oponha, será contrária à Constituição a interpretação que frustre a concretização de tal bem jurídico.

2. O primado da afetividade: a união homoafetiva como entidade familiar

Uma das principais consequências da extensão do regime da união estável às relações compromissadas entre pessoas do mesmo sexo reside na sua caracterização como entidade familiar. Longe de configurar uma aproximação artificial, parece possível identificar nas uniões homoafetivas todos os elementos que têm sido considerados determinantes para o reconhecimento de entidades familiares. Como já foi adiantado, o conceito de família tem sofrido importantes mudanças. A constitucionalização do direito deslocou a ênfase do instituto para os aspectos existenciais, em substituição às questões patrimoniais. Mais importante ainda é a caracterização que tem sido feita da família como meio de promoção — ambiente privilegiado — para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, e não mais como um fim em si mesmo ou um mero símbolo de tradição[76].

(74) Código Civil, art. 1.725: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

(75) Sobre o tema, vejam-se BORGHI, Hélio. *União estável & casamento* — aspectos polêmicos, 2003. p. 60, e VELOSO, Zeno. *União estável*, 1997. p. 86-7. Vale notar que os autores tratam da união estável heterossexual. No entanto, uma vez reconhecidas as uniões homoafetivas, a mesma lógica lhes seria aplicável.

(76) Quanto ao ponto, v. FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família* — elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro, 2003. p. 306: "Da superação do antigo modelo da 'grande-família', na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade".

A família é um fenômeno sociocultural institucionalizado pelo Direito. Refletindo fatores psíquicos, materializados no âmbito da afetividade e da sexualidade, o tratamento dispensado pelo direito à família precisa acompanhar as transformações que têm lugar na sociedade. Para além da família formada pelo casamento, reunindo homem, mulher e filhos, o Direito vem progressivamente reconhecendo novas modalidades de entidade familiar. O desafio hoje apresentado ao Direito de família é incorporar o pluralismo e corresponder aos objetivos que lhe são confiados[77].

No cerne da concepção contemporânea de família, situa-se a mútua assistência afetiva, a chamada *affectio maritalis*, conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, entrelaçando as vidas e gerenciando em parceria os aspectos práticos da existência[78]. A afetividade é o elemento central desse novo paradigma, substituindo a consanguinidade[79] e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos. A nova família, entendida como "comunidade de afeto", foi consagrada pelo Texto Constitucional de 1988[80].

Essa nova família foi resultado de um importante processo de evolução, impulsionado pela jurisprudência. Na vigência da Constituição de 1967, considerava-se que apenas mediante o casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: "*A família é constituída*

(77) Vejam-se: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 2004. v. V, p. 2-3; e BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Reinventando o direito de família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, 18:79, 2004, p. 81: "O desafio lançado consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação de entidades familiais e, respeitando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivar a proteção e prover os meios para resguardar os interesses das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos".

(78) Neste sentido, v. SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Adoção por casais homossexuais. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, 30:124, 2005, p. 132: "Por tal razão, rompem-se conceitos e reformulam-se posturas doutrinárias, na seara jurídico-familiar, substituindo a ideologia tradicional e estatal da família, por outra, mais coerente com a realidade social sustentada pelo afeto. Neste diapasão, o casamento deixou de ser considerado único legitimador da família, e a sociedade conjugal tende a ser vislumbrada como estrutura de amor e de respeito, independente do sexo biológico e da orientação afetiva dos que a integram". V. tb. FUGIE, Érika Harumi. Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da CF? In: *Revista dos Tribunais*, 813:64, 2003, p. 67.

(79) V. FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família* — elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro, 2003. p. 49: "A retomada do valor jurídico da *affectio maritalis* por si só denuncia a *ratio* apenas formal do casamento. A afetividade assume dimensão jurídica. Migram para a 'constitucionalização' princípios e normas básicos do Direito de Família, espraiados na igualdade, na neutralidade e na dimensão da inocência quanto à filiação". V. tb. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo* — aspectos jurídicos e sociais, 2004. p. 27. V. ainda BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Reinventando o direito de família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, 18:79, 2004, p. 83.

(80) V. FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família* — elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro, 2003. p. 317-8: "Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma 'comunidade de sangue' e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma 'comunidade de afeto'. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível".

Digitalizado com CamScanner

pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos" (art. 167[81]). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida em que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família[82], que seguiu as seguintes etapas principais[83]:

a) primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção;

b) em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par;

c) em seguida, insere-se este tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato[84];

d) num momento posterior, passou-se a reconhecer verdadeira união de fato entre companheiros[85], prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc.[86];

(81) Após a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, a previsão passou a ser feita no art. 175, mantendo-se redação idêntica.

(82) V. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A união civil entre pessoas do mesmo sexo. In: *Revista de Direito Privado*, 2:30, 2000, p. 32: "O conceito de família para o Direito é relativo, alterando-se continuamente, como reflexo da própria evolução histórica da sociedade e dos seus costumes. O certo é que uma das notas peculiares do final do século XX consiste na verificação de que as famílias devem se fundar, cada vez mais, em valores existenciais e psíquicos, próprios do convívio próximo, afastando as uniões de valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que notabilizaram o modelo de família oitocentista do Código de Napoleão. E, no âmbito jurídico, não se pode deixar de considerar o relevante e inestimável papel da Constituição Federal, mormente a de 1988, no direito brasileiro: como já se pôde perceber, o Direito Civil passa pelo fenômeno de constitucionalização dos bens e valores fundantes do ordenamento jurídico, com atribuição de maior relevância à pessoa humana (o ser) do que ao seu patrimônio (o ter). Como observa Giselda Hironaka, o legislador brasileiro, ao formular a Carta Maior, foi obrigado, diante da realidade da vida, a constitucionalizar 'relevantes inovações, entre elas, e principalmente (...) desmistificação de que a família só se constituísse a partir do casamento civilmente celebrado'".

(83) Para um panorama da evolução jurisprudencial e legislativa sobre o tema, v. TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no casamento. In: *Temas de direito civil*, 2004. p. 373 e ss.

(84) STF, j. 20 out. 1964, AI n. 30422, Rel. Min. Luis Galotti: "Sociedade de fato entre pessoas não casadas. Reconhecimento dela, para efeitos patrimoniais"; STF, j. 20 nov. 1970, RE n. 60.657/GO, Rel. Min. Adalicio Nogueira: "Concubinato. Convivência '*more uxorio*', por muitos anos, constitui sociedade de fato. Indenização devida à companheira. Dissídio jurisprudencial superado. Súmula n. 380"; Súmula n. 380, STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". (Sessão Plenária de 3 abr. 1964).

(85) STF, j. 10 mai. 1977, RE n. 83.930-SP, Rel. Min. Antonio Neder: "Todavia, em jurídica linguagem é de se admitir a diferenciação, porque, na verdade, o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, ter encontros amorosos com outra mulher, como pode também separar-se de fato da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para conviver *more uxorio* com a outra parte. Na primeira hipótese o que se configura é um concubinato segundo o seu conceito moderno, e obviamente a mulher é concubina; mas, na segunda hipótese, o que se caracteriza é uma união de fato (assim chamada

e) por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento.

É certo que a Constituição de 1988 faz menção apenas à união estável entre homem e mulher, no que foi seguida pela legislação ordinária. Em capítulo subsequente será examinado este ponto, onde se procurará demonstrar que o constituinte não exercitou um *silêncio eloquente*, mas deixou o tema aberto à evolução dos costumes e do Direito. Por ora, cuidou-se apenas de destacar que as relações entre pessoas do mesmo sexo apresentam os requisitos apontados por toda a doutrina contemporânea como essenciais para a caracterização de entidade familiar, que consistem na afetividade e na comunhão de vida.

Por fim, vale a ressalva de que a defesa do modelo tradicional de família não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar. Não há incompatibilidade entre a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a união estável entre pessoas de sexos diferentes, ou entre estas e o casamento. O não reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas não beneficia, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor constitucionalmente protegido.

Parte III
Extensão do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas

1. Uniões homoafetivas e a regra constitucional do art. 226, § 3º

No capítulo anterior procurou-se deixar assentado que os princípios constitucionais e a nova concepção de família delineada na Constituição impunham uma conclusão: a de que o regime jurídico das uniões estáveis deve ser aplicado também às relações

por lhe faltarem as *justas nuptiae*) e a mulher merece a vida como companheira; precisando melhor a diferenciação, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a companheira, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal".

(86) Súmula n. 35, STF: "em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio". (Sessão Plenária de 13 dez. 1963); STF, j. 12 mar. 1974, AI n. 59.650/SP, Rel. Min. Aliomar Baleeiro: "Concubina — inscrição para previdência. Não nega vigência a direito federal, nem discrepa de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, o acórdão que mandou inscrever, a pedido do concubinário, em instituições de previdência, como beneficiária, a concubina"; Súmula n. 122, TFR: "A companheira, atendidos os requisitos legais, faz jus a pensão do segurado falecido, quer em concorrência com os filhos do casal, quer em sucessão a estes, não constituindo obstáculo a ocorrência do óbito antes da vigência do Decreto-lei n. 66, de 1966". (Decisão: 29 set. 1982); Súmula n. 159, TFR: "é legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos". (Decisão: 6 jun. 1984); Súmula n. 253, TFR: "A companheira tem direito a concorrer com outros dependentes a pensão militar, sem observância da ordem de preferências". (Decisão: 2 mar. 1988).

Digitalizado com CamScanner

homoafetivas. Essa extensão deve ser imediata, sem que isso importe em violação do art. 226, § 3º, como se demonstra a seguir. No próximo tópico será explorada uma via alternativa de argumentação, geradora das mesmas consequências.

Como já visto anteriormente, não há regra constitucional expressa prescrevendo a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas. Em sua textualidade, assim dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição Federal:

> Art. 226, § 3º: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

É certo, por outro lado, que a referência a *homem* e *mulher* não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de *inclusão*. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.

Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão "união estável entre o homem e a mulher" importa, *a contrario sensu*, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição — e uma restrição preconceituosa — de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional.

Admita-se, assim, para argumentar, que a Constituição não imponha nem proíba a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. O Código Civil, por sua vez, tampouco provê a respeito. Sendo assim, na ausência de um regime jurídico específico, ditado pelo constituinte ou pelo legislador, como deve agir o intérprete?

2. Lacuna normativa e mecanismos de integração da ordem jurídica

Divulga o conhecimento convencional que não existem lacunas no Direito, mas apenas na lei. A omissão, lacuna ou silêncio da lei consiste na falta de regra jurídica positiva para regular determinado caso. A ordem jurídica, todavia, tem uma pretensão de completude, e não se concebe a existência de nenhuma situação juridicamente relevante que não encontre uma solução dentro do sistema. O processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de *integração*. Nela não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie,

mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador.

A Constituição de 1934 impunha ao intérprete e aplicador do Direito o dever de integrar a ordem jurídica, na letra expressa do art. 113, inciso 37: "Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei". As Constituições subsequentes não reeditaram a regra, que, todavia, ganhou assento na Lei de Introdução ao Código Civil[87] e no Código de Processo Civil[88]. Na omissão ou lacuna da lei, deve o juiz recorrer *à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito*. Para os fins aqui relevantes, abre-se uma nota acerca dos princípios e da analogia como mecanismos de integração da ordem jurídica.

2.1. Os princípios constitucionais na interpretação e na integração da ordem jurídica

Nas últimas décadas houve profunda mutação no papel dos princípios jurídicos, como já assinalado em outra parte deste estudo. Os princípios, notadamente os princípios constitucionais, passaram a funcionar como a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá se irradiam por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral, permitindo a leitura moral do Direito[89].

Ora bem: em parte anterior do presente trabalho sustentou-se que nem sequer existe lacuna normativa, uma vez que os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e segurança jurídica impunham a extensão do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Considerando-se, para argumentar, que exista de fato omissão normativa na matéria, hipótese é de se aplicarem os mesmos princípios para saná-la, produzindo-se como resultado a equiparação, em tudo que couber, das uniões estáveis entre homem e mulher e as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

2.2. O recurso à analogia na integração da ordem jurídica

A analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para uma dada situação de fato a uma outra situação semelhante, mas que não fora prevista pelo legislador. Diz-se tratar-se de analogia *legis* quando é possível recorrer a uma regra específica apta a incidir sobre a hipótese, e de analogia *iuris* quando a solução precisa

(87) Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

(88) Código de Processo Civil, art. 126: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

(89) V. DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*, 1996. p. 2: "A leitura moral propõe que todos nós — juízes, advogados, cidadãos — interpretemos e apliquemos estas cláusulas abstratas (da Constituição) na compreensão de que elas invocam princípios de decência política e de justiça".

Digitalizado com CamScanner

ser buscada no sistema como um todo, por não haver nenhuma regra diretamente pertinente. A hipótese em exame é, como intuitivo, de analogia *legis*.

De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil — convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família — estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar — afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática — são igualmente encontrados nas duas situações. Diante disso, nada mais natural do que o regime jurídico de uma ser estendido à outra.

Admitida a analogia, chegar-se-ia à seguinte conclusão: a Constituição teria reconhecido expressamente três tipos de família: a decorrente de casamento (art. 226, §§ 1º e 2º); a decorrente de união estável entre pessoas de sexos diferentes (art. 226, § 3º); e a família monoparental, ou seja, aquela formada por apenas um dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Haveria, contudo, um tipo comum de família não expressamente reconhecido: a *união homoafetiva*. Apesar da falta de norma específica, o reconhecimento dessa quarta modalidade seria imposto pelo conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares[90].

Não bastaria, portanto, o reconhecimento de meras sociedades de fato, tal como tem prevalecido na jurisprudência brasileira[91]. Embora esta seja uma forma de reconhecimento, ainda que precário, é preciso destacar que a sociedade de fato é um instituto jurídico do *direito das obrigações*, ao contrário da união estável, que se insere no *direito de família*. A fórmula da sociedade de fato já marca uma evolução da jurisprudência

(90) Nesse sentido: TJ/RS, j. 17 nov. 2004, AC n. 70009550070, Rel. Desª Maria Berenice Dias: "Inconteste que o relacionamento homoafetivo é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o Judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Deixemos de lado as aparências e vejamos a essência. (...) A Constituição Federal proclama o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à intimidade (art. 5º, *caput*) e prevê como objetivo fundamental, a promoção do bem de todos, 'sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' (art. 3º, IV). Dispõe, ainda, que 'a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais' (art. 5º, XLI). Portanto, sua intenção é a promoção do bem dos cidadãos, que são livres para ser, rechaçando qualquer forma de exclusão social ou tratamento desigual." V. também: TJ/RJ, j. 21 mar. 2006, AC n. 2005.001.34933, Rel. Desª Letícia Sardas: "Dado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscrição de qualquer forma de discriminação sexual, não há impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pelas Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96. 2. Interpretação sistemática do disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e mulher referida na dita norma está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o receito de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, até mesmo fins previdenciários".

(91) A título de exemplo, v. STJ, *DJU* 6 abr. 1998, REsp n. 148.897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; STJ, *DJU* 14 mar. 2005, REsp n. 323.370/RS, Rel. Min. Barros de Monteiro; e STJ, *DJU* 16 maio 2005, REsp n. 502.995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

— lembrando o caminho percorrido em relação às uniões estáveis entre homem e mulher —, mas ainda equivale à negação de natureza familiar às relações homoafetivas: para o Direito, os homossexuais estariam impedidos de, mantendo sua identidade, constituir famílias. Disso resulta negar a um grande conjunto de pessoas uma das dimensões básicas da afetividade, caracterizando manifesto preconceito e sendo incompatível com a tábua de valores da Constituição.

A solução descrita neste tópico já foi acolhida em diversas decisões judiciais. Abaixo se destaca uma delas, pela precisão com que enfrentou os pontos relevantes, justificando-se a longa transcrição:

> A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial — em alguns países de forma mais implícita — com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n. 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão[92].

Por todo o conjunto de fundamentos expostos nas Partes II e III, afigura-se fora de dúvida que as uniões estáveis homoafetivas constituem entidade familiar e, à falta de disciplina específica, devem reger-se pelas mesmas regras da união estável entre homem e mulher.

Conclusão

É possível compendiar as principais ideias desenvolvidas ao longo do presente estudo nas seguintes proposições:

1. As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a

(92) TRF 4ª Reg., *DJU* 10 ago. 2005, AC n. 2000.71.00.009347-0, Rel. João Batista Pinto Silveira.

Digitalizado com CamScanner

diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.

2. A Constituição de 1988 não contém regra expressa acerca de orientação sexual ou de relações homoafetivas.

3. A regra do art. 226, § 3º, da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração antidiscriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.

4. Justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. *Igualdade* importa em política de reconhecimento; *dignidade* em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e *liberdade* no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da *segurança jurídica*, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações.

5. Admitindo-se para argumentar, sem conceder, que a conclusão anterior não devesse prevalecer — isto é, que os princípios enunciados não incidissem diretamente, produzindo a solução indicada —, ter-se-ia como consequência a existência de lacuna normativa, à vista do fato de que tampouco existe regra expressa sobre o ponto.

6. Nesse caso, a forma adequada de integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum. A figura da sociedade de fato não contém esses elementos e a opção por uma analogia mais remota seria contrária ao Direito.

Discriminação no Emprego por Motivo de Sexo

ALICE MONTEIRO DE BARROS

Todo sujeito é capaz
de viver com liberdade.
Ninguém vale mais que o outro:
eis uma grande verdade.

Quer more num palacete
ou viva num barracão,
pertença à sociedade
ou ande de pé no chão.

Seja qual for sua raça,
*sua cor, **homem ou mulher,***
fale que língua falar,
adore o Deus que quiser.

Pouco importa ter nascido
num país de distinção
ou numa terra esquecida,
sem nenhuma projeção.

Seja qual for seu partido
ou a sua opinião,
seja pobre ou seja rico,
seja de qualquer nação.

Seja qual for o sistema
que governa sua nação.
Quer seja de país livre
ou país em sujeição. (Grifou-se)

(Padre Jocy Rodrigues. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Petrópolis: Vozes, 1978).

1. Introdução

A inserção do princípio da igualdade entre os homens é atribuída ora aos estoicos, ora ao cristianismo, cabendo a Rousseau admitir a igualdade jurídica na filosofia do séc. XVIII, que triunfou com a Revolução Francesa de 1789.

Infere-se do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que os seres humanos nascem e permanecem iguais em direito. O princípio ali contido traduzia uma reação contra os privilégios da nobreza e do clero oriundos do regime feudal, mas não impediu que outras desigualdades se instalassem no novo regime. As ideias de Rousseau não favorecem as mulheres, quando considera que "toda a educação da mulher deve ser relativa ao homem", sendo feita "para ceder ao homem e suportar-lhe as injustiças"(1).

(1) ROUSSEAU *apud* BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo.1*. Fatos e mitos. Trad. Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 140.

Digitalizado com CamScanner

Durante a Revolução Francesa, as mulheres lutaram contra a tirania, em favor da liberdade. Por ocasião da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi apresentado também um projeto de Declaração dos Direitos da Mulher, sustentado por Olympe de Gouges, cujo texto dispõe que:

> A mulher nasce livre e mantém-se igual ao homem no direito. O princípio da soberania reside na nação, ou seja, na reunião dos homens e das mulheres. Todas as cidadãs e todos os cidadãos — iguais diante da lei — devem ser igualmente admitidos em todos os cargos, em todos os postos e empregos públicos, segundo a sua capacidade, sem outra distinção sem ser a sua virtude ou o seu talento. A mulher tem o dever de subir ao cadafalso; deve ter o direito de subir à tribuna.

Em 3 de novembro de 1793, Olympe de Gouges foi guilhotinada, ficando proibidas as organizações de mulheres, as quais não obtiveram, com a Revolução Francesa, o reconhecimento de seus direitos; a legislação civil e política subsequentes que prevaleceram na Europa reforçam a inferioridade feminina.

2. O princípio da igualdade sob o aspecto formal e material

O princípio da igualdade sob o aspecto formal e material constituiu uma conquista relativamente recente no mundo europeu, pois o constitucionalismo do século dezoito "girava em torno do parlamento-monarquia", preocupado apenas com os abusos do poder público. O asseguramento da igualdade sob o prisma do controle jurisdicional da atividade legislativa é uma decorrência da experiência norte-americana na conhecida decisão Madison *versus* Marbury, de 1803. Frustradas as tentativas feitas por ocasião da República de Weimer, de estender o significado da igualdade tanto sob o aspecto da eficácia geral da lei como sob o aspecto do conteúdo da Lei, aos poucos, influenciado pela doutrina e jurisprudência alemã, o princípio da igualdade, visto como limite à atividade legislativa, é inserido nos sistemas constitucionais rígidos da Alemanha, Áustria, Itália e mais tarde na Espanha[2].

O constitucionalismo clássico estabelecia distinção entre igualdade perante a lei e igualdade na lei. Entendia-se como igualdade *perante a lei* a exigência de igualdade na sua aplicação, que se deveria verificar em caráter geral, sem abstração das pessoas por ela atingidas; seria, portanto, uma exigência aos que aplicavam a lei ao caso concreto. Como a aplicação igual da lei não era suficiente, tornou-se necessário que fosse "criado um direito igual para todos os cidadãos". Vista sob esse ângulo, a igualdade na lei dirige-se não só aos aplicadores, mas também aos que criam as normas jurídicas[3].

(2) BARBERA, Marzia. *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di avaro*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 20-21.

(3) No Brasil, a doutrina e a jurisprudência já firmaram o entendimento de que a igualdade perante a lei tem o sentido atribuído no estrangeiro à igualdade na lei; logo, seus destinatários são o legislador e os aplicadores da lei. Confira SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p.196-197.

1 Discriminação - CARÁTER INFUNDADO DE UMA DISTINÇÃO

Por outro lado, a igualdade é um conceito relacional, exige um elemento de comparação entre as situações em que se encontram os respectivos sujeitos passivos[4]. Ela apresenta conexão com a "justiça social" e com a concretização dos mandamentos constitucionais que visam à efetivação dos direitos sociais. A igualdade é também inerente ao conceito de igual dignidade das pessoas, fundamento contra a discriminação[5], que é a mais expressiva manifestação deste princípio.

O princípio da igualdade, com essa conotação, contribui para romper com um passado de regalias, de privilégios e garantir aos cidadãos os mesmos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, vedando a discriminação. No plano da aplicação da lei, a igualdade vai produzir efeitos significativos, pois, se aquela não se verificar sem abstração das pessoas afetadas, o princípio se desfaz.

Verifica-se, portanto, que o princípio da igualdade não poderá ser entendido em caráter absoluto, pois está estreitamente ligado ao momento histórico. Só após a Primeira Guerra Mundial é que se inicia, e de forma tímida, um processo de modificação no ordenamento jurídico internacional, visando a promover a isonomia jurídica entre os sexos, ganhando dimensão na legislação interna dos países apenas depois da Segunda Guerra Mundial. APÓS 1ª GM → começo da busca pela isonomia jurídica entre os sexos

Progressivamente, o princípio da igualdade nos sistemas constitucionais de base liberal-democrática adquire dupla característica: de princípio formal de legalidade e de regra material de não discriminação, que vincula o legislador não só quanto à forma externa da lei, mas também quanto ao seu conteúdo[6].

Com a evolução do desenvolvimento econômico, social, científico e tecnológico, abre-se espaço para um novo conceito de filosofia social, em que se integram o trabalho feminino e o interesse da sociedade em assegurar às mulheres, a par dos direitos civis e políticos, o acesso à educação, possibilitando-se-lhes maiores oportunidades de emprego e de ganho, sem distinção fundada em sexo.

3. A discriminação

A palavra discriminação é de origem anglo-americana; do ponto de vista etimológico, significa o caráter infundado de uma distinção.

(4) RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel; FERNANDEZ LÓPEZ, Maria Fernanda. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986 p. 47.

(5) GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 5. ed., aum. e ref. Coimbra: Almedina, 1991. p. 79.

(6) BARBERA, Marzia. *Op. cit.*, p. 19. A propósito, a Constituição do Japão estabelece no art. 14: "Todos são iguais perante a lei e não haverá discriminação nas relações políticas, económicas e sociais, por motivo de raça, sexo, condição social ou origem de família". A Constituição do Brasil de 1988, após assegurar a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações (art. 5º, I), proíbe diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX).

Digitalizado com CamScanner

De acordo com a doutrina italiana, ela traduz uma situação subjetiva de tratamento diferenciado em relação a uma qualidade possuída pelo sujeito, no caso, o sexo, lesiva de um interesse económico, moral, profissional ou de outra ordem[7].

No plano internacional, a discriminação compreende qualquer

> (...) distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-Membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão (art. 1º da Convenção n. 111 de 1958).

Já a Convenção da ONU sobre eliminação de todas as formas de discriminação reporta-se aos termos "distinção", "exclusão" e introduz, em substituição a "preferência", o termo "restrição".

A discriminação estabelece sempre uma comparação com o tratamento atribuído a outra pessoa, para se verificar se existiu a distinção, exclusão ou preferência a que alude a Convenção n. 111 da OIT.

A discriminação pressupõe, portanto, um tratamento diferenciado comparativamente desfavorável, que nem sempre advém de preconceito contra as mulheres, mas do fato de que sua contratação poderá elevar os custos operacionais da empresa.

Note-se, entretanto, que os comportamentos conservadores em relação à mulher, na vida familiar e social, reforçam a discriminação.

Nos traços preconcebidos de personalidade, o homem tem atitudes de domínio e autoconfiança, enquanto as atitudes da mulher são de obediência e passividade. Finalmente, nos traços preconcebidos funcionais, o homem é o sustento da família e a mulher a responsável pelos serviços domésticos[8].

A experiência tem demonstrado que, a partir do momento em que os comportamentos conservadores evoluem, modifica-se também o perfil da mulher no emprego e rompe-se com uma herança cultural que admitia as diferenças sexuais, sem questionar ou explicar sua etiologia.

A discriminação manifesta-se de forma direta ou indireta. A primeira pressupõe um tratamento desigual fundado em razões proibidas, enquanto a discriminação indireta traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos.

A pessoa considerada discriminada deverá apresentar fatos que permitam deduzir "indícios racionais" de discriminação fundada em sexo e o empregador deverá destruir

(7) BALLESTRERO, Maria Vittoria. *Dalla tutela allá parità*: la legislazione italiana sul lavoro delle donne. Bologna: Società Editrici Il Mulino, 1979. p. 250.

(8) BRANDÃO, Eugênio. *Estereótipos em manuais escolares*. Cadernos Condição Feminina. Lisboa: Edição da Condição Feminina, 1979. p. 7.

a presunção, apresentando o motivo capaz de justificar o tratamento desigual. Exigir-se prova da discriminação ou da intenção de discriminar inviabiliza o reconhecimento da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego.

Nos próximos tópicos desse estudo vamos analisar a temática em face das normas internacionais.

A ação internacional da OIT, numa primeira fase, estabelece restrições excessivas ao trabalho feminino, mormente no que tange ao trabalho noturno na indústria[9]. A legislação tutelar inserida em normas internacionais e transplantadas para a legislação interna dos países mostrou-se necessária e útil em determinado momento histórico, diante da exploração de que eram vítimas as mulheres e em face de um proletariado pouco consciente. Em vista da evolução científica, tecnológica, social e em face das novas necessidades económicas, as restrições legislativas referentes ao trabalho da mulher em determinados locais, horários e circunstâncias têm sido submetidas a uma avaliação, para aferir-se a sua verdadeira necessidade[10].

Em uma segunda fase — e aí reside a sua grande contradição —, a OIT concentra-se no favorecimento das perspectivas das mulheres no mercado de trabalho, assegurando-lhes igualdade da remuneração com os homens. Em uma etapa subsequente, garante-lhes a igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego e profissão.

Embora a ação internacional tenha sido a grande aliada da mulher na luta pela igualdade, declarações enfáticas deste princípio, inseridas em normas internacionais, não se têm mostrado suficientes para a concretização desse ideal.

4. Igualdade de Remuneração

4.1. Conceito

A *Convenção n. 100, de 1951*, ratificada pelo Brasil em abril de 1957 e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de junho de 1957, considera remuneração:

> O salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou *in natura*, pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego deste último (art. 1º da Convenção n. 100).

A igualdade de remuneração deverá fundar-se em um conjunto de operações realizadas e não nos resultados obtidos, afirmando-se não se poder levar em consideração que a mão de obra feminina possa resultar mais custosa em consequência das leis de tutela social[11].

Em geral, porém, a avaliação do trabalho de "igual valor" baseia-se em critérios que favorecem as características masculinas, como a força física, não se valorizando a

(9) MONTEIRO DE BARROS, Alice. *A mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 35, 93 e ss.

(10) *Ibidem*, passim.

(11) SULLEROT, Evelyne. *Igualdad de remuneración entre hombres y mujeres en los Estados de Europa miembros de la CEE*. Las Trabajadoras y la Sociedad. Ginebra, 1976. p. 102.

Digitalizado com CamScanner

habilidade manual e a perseverança enfrentadas pelas mulheres nas tarefas complexas e monótonas que muitas vezes causam mais fadiga do que os trabalhos que dependem de força física[12] e são muito valorizados.

Está comprovado que os serviços geralmente executados por mulheres, como os de telefonia, mecanografia e outras trabalhos sujeitos a um ritmo determinado, dadas as percepções e exigências que impõem à mente, dão mais origem a neuroses do que os trabalhos pesados masculinos[13]. A par das sequelas psíquicas, os serviços que implicam trabalhos com teclados provocam a Síndrome dos Esforços Repetidos, associadas a patologias como a tendinite e outros distúrbios, como a Síndrome do Túnel do Carpo e a epicondilite.

Os principais obstáculos encontrados na aplicação dessa Convenção, nos países desenvolvidos e nos países em desenvolvimento, decorrem das circunstâncias de que, em certos países, o Governo não intervém diretamente na fixação de salários do setor privado, o que geralmente é fruto de convenções coletivas. A outra dificuldade reside na falta de critérios objetivos para a avaliação das operações realizadas pelos trabalhadores[14].

Não obstante, são inúmeros os países que têm ratificado a Convenção n. 100 e promulgaram leis sobre a igualdade de remuneração. Como exemplo, podemos citar: *as alterações introduzidas no Código do Trabalho de Madagascar, em 1975; a lei canadense de julho de 1977 e as modificações ocasionadas no Código do Trabalho francês, em 1981 e 1983, entre outras.*

Nessa linha de ideias e sob o prisma comunitário, o Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE), já em 1957, assegurava, em seu art. 119, "igualdade de retribuição para um mesmo trabalho" e não "igualdade de remuneração para trabalho de igual valor", como propôs a Convenção n. 100.

O princípio consubstanciado no Tratado de Roma foi *interpretado como aplicável só a empregos idênticos,* no que tange ao conteúdo das tarefas, e influenciou a legislação interna dos países, inclusive do Reino Unido (*Equal Pay Act* de 1979), do Canadá e dos Estados Unidos (Lei de 1963).

Nos EUA, a legislação vedava às mulheres o exercício de funções que implicassem emprego de força muscular superior a trinta libras. Bastaria, portanto, que, eventualmente, os homens levantassem cargas pesadas para justificar a disparidade salarial, ainda que, na maior parte do tempo, executassem atribuições idênticas às que tivessem sido conferidas às mulheres[15].

(12) SÉGURET, Marie-Claire. Mejorarán algún dia las condiciones de trabajo de las mujeres? In: *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 102, ene./mar.1983. p. 413.

(13) CARPENTIER, J. CAZAMIAN, P. *El trabajo nocturno; sus efectos sobre la salud y el bienestar del trabajador*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1977. p. 44.

(14) VALTICOS, Nicolas. *Droit international du travail*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1983. p. 446.

(15) EYRAUD, François. Igualdad de remuneración y valor del trabajo en los países industrializados. In: *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, 1993, v. 112, n. 2, p. 237.

Não obstante, essas normas tiveram o "mérito de eliminar as taxas de salários específicos para as mulheres nas convenções coletivas, o que ocorria na Suécia, Inglaterra e Itália, como também em muitos outros países"[16] mas só se tornaram eficazes em hipóteses flagrantes de discriminação salarial e, ainda assim, sob o aspecto formal.

Na Espanha, por exemplo, cuja legislação se referia a trabalho "igual", a convenção coletiva de 1984 do setor de calçados instituiu grupos segundo os sexos, atribuindo maior salário para aqueles em que predominassem os homens, ainda que as funções fossem similares[17].

A expressão utilizada pelo Tratado de Roma acarretou dificuldades quando se tratava de confrontar empregos em que, geralmente, há maior contingente feminino, como ocorre com professoras de jardins de infância, secretárias e parteiras, por exemplo[18]. Sob esse aspecto, o termo "trabalho de igual valor" tem um alcance mais amplo e permite estabelecer equivalência entre empregos exclusivamente femininos ou masculinos, com a ajuda de um método de classificação de funções.

A Diretiva n. 117, de 1975, da Comunidade Europeia, sobre igualdade de retribuição, aplicável tanto no setor público como no setor privado, reelaborou as ideias iniciais, compatibilizando as normas internacionais da OIT com as do Tratado de Roma. Assim, passou a considerar "trabalho igual" ou "mesmo trabalho" aquele em relação ao qual se atribui "igual valor"[19]. Prescreve a diretiva seja utilizado um sistema de classificação profissional para determinar que as retribuições tomem por base critérios comuns a homens e mulheres, determina aos Estados-Membros que introduzam, em seus ordenamentos jurídicos, medidas que permitam o ingresso do trabalhador em juízo quando se sentir discriminado.

No início dos anos oitenta, a legislação, sobretudo do Reino Unido, Inglaterra e algumas províncias do Canadá, passou a dar preferência ao critério do "trabalho de igual valor", procurando tornar mais operacional esse conceito, precisando os elementos que devem ser tomados como parâmetro para avaliar trabalhos de igual valor. Tal critério abrange, em regra, a formação, a experiência, o nível de responsabilidade, o caráter mais ou menos penoso das tarefas e das condições de trabalho, em seu conjunto, e permite ampliar o âmbito de comparação dos empregos[20]. Não se poderá considerá-lo, entretanto, suficiente para a solução do problema, pois a análise do critério poderá constituir causa de discriminação indireta até mais difícil de se comprovar.

Apesar de todas as tentativas no sentido de igualar salários por trabalhos de igual valor, as estatísticas demonstram que as mulheres continuam percebendo salários

(16) *Idem.*

(17) *Idem.*

(18) LANDAU, C. E. Igualdade en el empleo entre hombres y mujeres en la CEE: legislación y jurisprudencia recientes. In: *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, abr./jun. 1984, v. 103, n. 2, p. 222.

(19) *Ibidem*, p. 223.

(20) EYRAUD, François. *Op. cit.*, p. 238-239.

Digitalizado com CamScanner

inferiores aos que são pagos aos homens, na maioria dos países, independentemente do nível de desenvolvimento econômico e social, principalmente no setor privado, pois no serviço público os salários, em geral, se equivalem.

Esse fato demonstra não haver uma correspondência entre o progresso das ideias e o seu reflexo na realidade. Nesse domínio, a legislação revela uma tendência a adiantar-se ao fenômeno social.

E assim é que, em 1981, nos Estados Unidos, a remuneração global das mulheres que trabalhavam em tempo integral equivalia a 65% daquela auferida pelos homens, atingindo um percentual superior ao de 1979, quando a proporção era de 63%. No setor da agricultura, cujos salários são mais baixos, é que a remuneração das mulheres mais se aproximava daquela percebida pelos homens, sendo de 82% o percentual. Nas profissões intelectuais, a remuneração global das mulheres correspondia a 72% daquela atribuída aos homens[21].

Dados estatísticos da década de oitenta confirmam a disparidade de salário e de rendimento, em geral, entre os sexos, em setores não agrícolas, em vários países europeus, no Japão, Nova Zelândia e Chipre[22].

Na América Latina, a discriminação salarial decorrente do fator sexo também se manifesta.

No nosso país, os textos constitucionais de 1934, 1946, 1967 e 1988 proíbem diferença de salário por motivo de sexo. A Carta de 1937, embora contenha o preceito normal da igualdade de todos perante a lei, eliminou o dispositivo da Constituição anterior que vedava a diferença de salário por motivo de sexo. Diante dessa omissão, publicou-se o Decreto-lei n. 2.548, de agosto de 1940, estabelecendo que as mulheres poderiam receber salários inferiores aos dos homens, autorizando uma redução de 10% em prejuízo daquelas.

Estatísticas levantadas no Brasil em 1970 e 1980 revelam que as mulheres recebiam, respectivamente, 46% e 33% do salário pago aos homens, apesar de possuírem nível de instrução mais elevado[23]. É que o nível de instrução mais elevado não corresponde, necessariamente, ao desenvolvimento de funções mais qualificadas, em face da distinção que existe entre cultura escolar e cultura profissional.

Posteriormente[24] e na mesma diretriz das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, foi alterada a Seção 1, do Capítulo da CLT, alusivo à proteção do trabalho da mulher, a qual passou a ter a seguinte redação: "Da Duração, Condições do Trabalho e da Discriminação contra a Mulher". Em consequência, foram introduzidos no art. 373 vários itens vedando a discriminação da mulher na mercado de trabalho. Entre esses itens, encontra-se o que proíbe considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como

(21) FEMMES AU TRAVAIL. Genève: Bureau International du Travail, 1982, n. 2, p. 7.

(22) EL TRABAJO EN EL MUNDO. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1992, v. 5, p. 26.

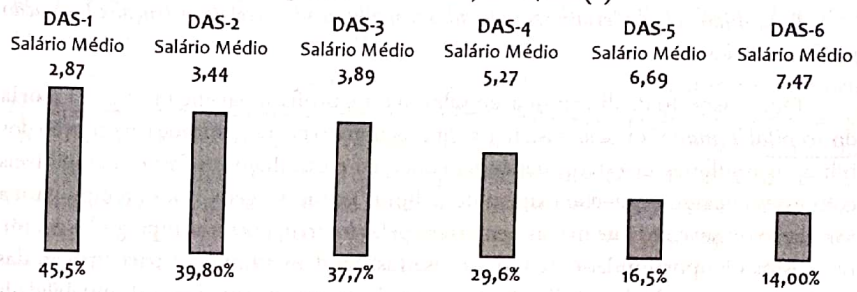
(23) FEMMES AU TRAVAIL. Spécial. Genève: Bureau International du Travail, 1984, n. 1, p. 24.

(24) Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999.

variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional. Apesar de todo o esforço legislativo no sentido de coibir a disparidade de salários entre os sexos, as estatísticas demonstram que, na prática, a realidade é outra.

O perfil relatado acima não se alterou na década de noventa[25]. A título de exemplo, no nosso país, quando as mulheres ingressam no serviço público, por concurso, não há preconceito e os salários são iguais, entretanto, quando "chega a hora das promoções, os homens têm preferência. Quanto melhor o salário, menos mulheres"[26].

Cargos comissionados, em R$ mil (*)



(*) em dezembro de 1997
Fonte: Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado

Aliás, a jurisprudência registra ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, perante a 1ª JCJ de Teresina, pleiteando que o empregador pague aos empregados do sexo feminino, ocupantes da função de vendedor, remuneração igual à que paga aos vendedores do sexo masculino, com aplicação de multa. A Junta de origem reconheceu a violação ao art. 7º, XXX, da Constituição vigente, condenando a empresa a fazer cessar, em 48 horas do trânsito em julgado da decisão, o tratamento discriminatório dispensado às vendedoras em relação à forma de remuneração adotada para os vendedores do sexo masculino, sob pena de multa mensal na hipótese de inadimplemento. Houve recurso ordinário, mas o TRT da 22ª Região, por meio do RO n. 781/97 (Ac. n. 1.108/97), julgado em 23.9.97, negou provimento ao apelo[27].

Várias são as explicações para a diferença de salário entre os sexos, nos diversos países.

Inúmeros fatores contribuem para essa discriminação na América Latina, entre eles: tradições culturais, relações econômicas, condições de participação na vida política e social, sistema normativo e característica das comunicações.

(25) *Diário da Tarde*, 8.11.97, reportagem de Luciana Sampaio, baseada em dados da economista do IPEA, Lena Lavinas.

(26) *Jornal Trabalhista*, n. 711, de 25.5.1998, p. 541. Dados extraídos da *Folha de S. Paulo* de 5.4.1998.

(27) Cf. A ementa deste acórdão: "Constitui prática de discriminação salarial contra empregados do sexo feminino o fato de receberem remuneração desigual, quando desempenham as mesmas funções, a teor do inciso XXX, art. 4º, da Lei Básica da República. Sentença que se confirma". Relator: Juiz Wellington Jim Boavista. In: *Revista LTr*, 62-02/276.

Digitalizado com CamScanner

Com fundamento na *teoria neoclássica*, asseveram alguns economistas[28] que a concentração de mulheres em determinadas ocupações e sua escassa participação em outras reduz sua remuneração, sendo normal que se ofereçam salários mais baixos ao aumentar-se a oferta total de mão de obra em determinada categoria.

O principal fator que esclarece esse fenômeno da segregação profissional reside em atitudes tradicionais a respeito do "papel da mulher", transmitidas por pais e mestres, as quais poderão frear as aspirações das mulheres no trabalho[29].

Essas diferenças poderiam ser reduzidas se melhorasse o nível de instrução e formação profissional das mulheres.

Outro aspecto da discriminação salarial e até profissional encontra-se na teoria do *"capital humano"* ou seja, sustenta-se que, pensando na maternidade e na criação dos filhos, as mulheres investem menos na educação e escolhem profissões compatíveis com esses encargos, que não exigem delas horas extras, viagens, muito tempo para a formação ou serviços que não as penalizem pelas interrupções no emprego[30]. Assim, os "custos de oportunidade de tarefas caseiras" tendem a limitar a participação das mulheres no mercado de trabalho. E os empregadores, por sua vez, cientes da instabilidade do emprego das mulheres, também as excluem dos programas de formação ou aprendizagem que as capacitariam para trabalhos qualificados, de maior responsabilidade. Com o passar dos anos, afirma-se que a produtividade da mão de obra feminina é menor do que a dos homens, daí a diferença salarial. Essa diferença de produtividade estaria explicada porque sua prestação de serviço teria sofrido várias interrupções, o mesmo ocorrendo com a sua qualificação, que também teria ficado prejudicada, dada a menor experiência no trabalho. Concluindo, afirma-se que a disparidade salarial é também uma decorrência de menor "capital humano" acumulado pelas mulheres[31].

A aquisição de maior "capital humano" também poderá ser melhorada. Ainda são muitas as mulheres que deixam o trabalho enquanto os filhos são pequenos, esquecendo-se, até certo ponto, da experiência anteriormente adquirida e perdendo direitos que pressupõem a antiguidade[32]. Logo, quando retornam ao trabalho, evidentemente irão receber salários inferiores aos pagos aos homens.

(28) HOUSE, William J. Discriminación profesional y en matéria de remuneración; situación de la mujer en el mercado del empleo en Chipre. In: *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, ene./mar. 1983, v. 102, n. 1, p. 119.

(29) TERRELL, Katherine. Estructura ocupacional y diferencias salariales entre mujeres y hombres. In: *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, 1993, v. 112, n. 1, p. 49,52.

(30) TERRELL, Katherine. 1993, p. 51. No mesmo sentido: *Los salarios*. Manual de educación obrera. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. p. 120.

(31) TERRELL, Katherine. *Op. cit.*, p. 38.

(32) *Los salarios*. Manual de educación obrera. Ginebra, 1968. p. 119.

Verifica-se, portanto, que a participação econômica ativa da mulher casada está "negativamente relacionada com o número de filhos", um dos principais fatores que desencorajam a atividade feminina[33].

Essa situação poder-se-ia reverter se a mulher estivesse mais preparada para uma maternidade responsável mediante planejamento familiar e se os países contassem com uma infraestrutura social capaz de proporcionar-lhe maior disponibilidade de berçários e creches, gratuitas ou com mensalidades acessíveis e próximas aos locais de trabalho, além de pré-escolas com longa duração da jornada escolar. Também um horário mais flexível e maior número de cursos de reciclagem permitiriam às mulheres readquirirem a experiência e a eficiência, quando retornassem ao serviço.

A discriminação profissional e salarial simultâneas são ainda explicadas pela existência de um mercado de emprego *dual*, ou seja, há empregos "primários e secundários". Os primeiros são bem remunerados, oferecem escalas de promoção, segurança e boas condições de trabalho, enquanto os últimos, por possuírem características contrárias, são desalentadores. Ora, dentro de certos limites, os primeiros salários na empresa dependem do empregador, que estabelece se o candidato está apto para o emprego primário ou secundário. Na prática, então, o mercado de emprego dual favorece os homens[34].

Enfim, **a demanda do mercado de trabalho de muitos países**, principalmente aqueles em processo de desenvolvimento, sofre a influência de uma legislação proibitiva, que veda o acesso da mulher a locais insalubres, perigosos, penosos, como também a trabalhos noturnos e em regime extraordinário. No Brasil, até final de 1989, prevalecia essa legislação proibitiva. A revogação de leis dessa natureza tem sido apontada como possível fator de crescimento da taxa de participação feminina no mercado de trabalho, aliada a outros fatores, como maior acesso aos níveis de instrução e expansão de oportunidades de emprego para a mulher no setor público, embora ainda seja grande o contingente feminino em idade de procriar que deixa o trabalho, provavelmente para cuidar dos filhos, e não retorna quando estes ingressam na escola, ao contrário do que ocorre nos países desenvolvidos, sobretudo nos EUA[35].

Outra fonte de **disparidade salarial** diz respeito ao *número de horas trabalhadas*, **que pesa em favor do homem** e está diretamente vinculado às tarefas domésticas[36].

Por outro lado, há ainda os que **reconhecem a existência de barreiras discriminatórias contra o acesso da mulher ao trabalho**, em geral. Assevera-se que as empresas têm um conhecimento imperfeito das características da mão de obra que irão contratar,

(33) CASARES BISADORO, Marta; GRADO, Carlos Peralta de; RODRÍGUEZ, José Manuel. *Actividad laboral de la mujer en relación a la fecundidad*. Madrid: Creaciones Gráficas y Publicitarias, Ministério de Cultura, Instituto de la Mujer, 1987. p. 69, 88.

(34) HOUSE, William. J. *Op. cit.*, p. 120.

(35) PSACHAROPOULOS, George; WINTER, Carolyn. *Latino-americanas:* emprego e remuneração. Finanças e desenvolvimento. Publicação do FMI e Banco Mundial. Washington, dez. 1992, v. 12, n. 4, p. 14, 15.

(36) EYRAUD, François. *Op. cit.*, p. 240.

Digitalizado com CamScanner

estabelecendo "*filtros*" de entrada apriorísticos, com o fim de reduzir a incerteza quando da incorporação de novo pessoal. Tais filtros dariam como resultado um perfil que favorece o homem[37]. Portanto, justificam a disparidade salarial, com fundamento em uma "**discriminação estatística**" por parte dos empregadores, que recorrem a diferenças observadas entre subgrupos da população para exercer discriminação contra todos os integrantes do subgrupo. Sob a alegação de que a mulher, em média, custa mais do que os homens, em razão da sua maior mobilidade profissional e da descontinuidade na prestação de serviços em face dos encargos domésticos, dão preferência aos homens. Como o mercado não permite salários flexíveis, capazes de compensar os custos do trabalho feminino, o empregador prefere contratar homens[38]. **Essa forma de discriminação poderá levar o empregador a tipificar uma classe de trabalho segundo o sexo,** destinando às mulheres tarefas que requeiram menor formação e, em consequência, menor salário. **Ocorre que, na medida em que a mulher não se adapta "à média", ao estereótipo, haverá discriminação contra ela, em particular.**

Em face de tudo o que foi exposto, verifica-se que a **discriminação salarial** sofrida pelas mulheres é uma **realidade universal**, mas ela se manifesta também nas oportunidades de emprego, como veremos a seguir.

5. Igualdade de oportunidades e de tratamento

5.1. *Formação profissional, acesso ao trabalho, manutenção e condições de trabalho*

A conquista da igualdade de remuneração não se mostrou suficiente, pois a discriminação manifesta-se não só pela via de medidas arbitrárias tomadas em relação ao salário, como também no tocante à *formação profissional, ao acesso das mulheres ao trabalho, à manutenção e condições de emprego*, acentuando-se quando se trata de mulher casada, com responsabilidades familiares.

No que tange à *formação profissional*, são apontados, com frequência, regimes de formação que preparam para empregos ou profissões diferentes, **segundo o sexo, prevendo-se certos tipos de formação apenas para homens.**

Quanto ao acesso aos serviços públicos, as restrições também se encontram presentes, por meio de legislações ou práticas administrativas injustificáveis, como é o caso da exclusão de mulheres de determinados postos, que podem ser ocupados indistintamente par homens e mulheres. Nota-se que, aos poucos, tais disposições vêm sendo revogadas, mas de forma lenta, ainda persistindo, inclusive, em países considerados avançados com relação ao trabalho da mulher, como é o caso da Dinamarca, cuja Lei de Sucessão ao trono, que entrou em vigor em junho de 1953, juntamente com a Constituição daquele país, concede prioridade aos homens.

(37) ANGELES SALLÉ, Maria; IGNACIO CASAS, José. *Efectos de la crisis económica sobre el trabajo de las mujeres*. 2. ed. Madrid: Servicio Gráfico Colomina, Ministerio de Cultura. Instituto de la Mujer, 1987. p. 8.

(38) HOUSE, William J. *Op. cit.*, p. 121.

Em Portugal, o Decreto de 13 de outubro de 1939, em seu art. 72, proibia às mulheres o ingresso em carreiras diplomáticas e consulares, e o Decreto-lei de 14 de abril de 1962 vedava-lhes o exercício de **funções judiciais**[39]. A Lei portuguesa de 1974 permite às mulheres o acesso às carreiras diplomáticas, à magistratura e a outros postos de administração local[40], rompendo com a diretriz anterior.

Na Itália, até 1962, o cargo de magistrado era privativo dos homens. Nos últimos anos, o ingresso de mulheres na magistratura foi significativo e, atualmente, 20% desses cargos são ocupados por mulheres[41]. Nesse mesmo país, a partir de 1981, cessou a proibição de mulheres na polícia e, em 1987, elas já correspondiam a 2,3% dos policiais italianos[42].

No Brasil, criou-se o corpo auxiliar feminino na Marinha e na Aeronáutica, mas desde 1968, a Lei n. 5.473 já considerava nulas as disposições geradoras de **discriminações entre brasileiros de ambos os sexos,** por ocasião de seleção para o serviço público.

Essas mudanças legislativas têm contribuído, ainda que lentamente, para as modificações nas características dos trabalhos considerados femininos também no serviço público.

No setor privado, o acesso da mulher ao trabalho verifica-se em piores condições, daí a Lei n. 9.799, de maio de 1999, ter acrescentado a letra *a* no art. 373 da CLT, proibindo impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo (item V). A mesma lei, no item 1, veda publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo..., salvo quando a natureza da atividade a ser exercida pública e notoriamente o exigir.

A estrutura **ocupacional entre os sexos é heterogênea,** no meio urbano, e o maior percentual de mulheres em praticamente todos os países concentra-se em ocupações que guardam uma certa analogia com as atividades exercidas no lar e que podem ser sintetizadas nas seguintes profissões: enfermeiras e pessoal paramédico, professoras, secretárias ou mecanógrafas, balconistas, cozinheiras, faxineiras ou camareiras, serventes, lavadeiras, cabeleireiras, costureiras, tecelãs, embaladoras e cesteiras[43]. Essas carreiras, em geral, são mal remuneradas e de pouco prestígio. É o que se denomina **segregação horizontal.**

(39) La discriminación en matéria de empleo y ocupación; conclusiones generales sobre las memorias relativas al convenio y a la recomendación que tratan de la discriminación, 1958, 47ª Reunion. Ginebra, Organização Internacional do Trabalho, 1963, n. 4, p. 23.

(40) LES FEMMES au Portugal. Supplément n. 11. Comissión des Communautes Européennes, p. 6.

(41) MULHERES da Europa. Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias, fev./maio 1991, n. 68, p. 24.

(42) EL TRABAJO en el mundo. Ginebra: Oficina Internacional Del Trabajo, 1992, v. 5, p. 24.

(43) ANKER, Richard; HEIN, Catherine. Por qué los empresarios de las ciudades del tercer mundo suelen preferir el empleo de varones. In: *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, ene./mar. 1985, v. 104, n. 1, p. 96. No mesmo sentido é o pronunciamento da Profª Lena Lavinas (IPEA), feito ao *Diário da Tarde* de 8.11.97, em Belo Horizonte.

Digitalizado com CamScanner

A condição civil ou familiar da mulher também tem sido obstáculo *à manutenção de seu emprego*, mormente em países que impõem ao empregador o ônus do salário-maternidade e de serviços de assistência à infância, à falta de uma infraestrutura social capaz de manter esses serviços gratuitamente ou a preços razoáveis[44].

No que tange às *condições de trabalho*, a igualdade também não é observada, a começar pela duração da jornada. Em geral, em face da tradicional estrutura familiar, às mulheres não resta outra alternativa senão o trabalho em tempo parcial ou temporário, de natureza precária. A esses fatos, acresce a ausência de mulheres nos cursos de formação contínua, que propiciam o aperfeiçoamento necessário às reciclagens e promoções a funções de maior responsabilidade.

Os postos de chefia e de direção, que envolvem poder de mando, continuam sendo conferidos aos homens, inclusive nas profissões em que as mulheres são maioria, como é o caso do setor de ensino[45]. Obstáculos implícitos derivados de preconceitos psicológicos e estruturais constituem as chamadas "barreiras invisíveis", que impedem o acesso das mulheres aos cargos diretivos, em todos os países.

Informação prestada por especialista em assuntos laborais da OIT[46] revela que, no Canadá, estudo realizado nas 500 maiores empresas, em 1996, evidenciou que as mulheres ocupavam só 2,4% dos postos de direção superior. No Japão, este percentual, em 1990, era de 13%, mas incluindo grandes e médias empresas, enquanto nos Países Baixos o percentual era de 18%; na Alemanha, estudo realizado, em 1995, em 70.000 das maiores empresas demonstrou que a proporção de mulheres nos altos cargos ou como membros dos conselhos de administração oscilava entre 1% e 3%. No Brasil, pesquisa realizada em 1991 mostrou que apenas 3% dos postos diretivos de empresas eram ocupados por mulheres, sendo que nas 40 maiores empresas estatais esta proporção não chegava a 1%. A essa discriminação denomina-se segregação vertical. Ela é o traço mais evidente da discriminação ocupacional, que predomina em todos os segmentos do mercado de trabalho.

6. Evolução da ação internacional sobre igualdade de oportunidades e de tratamento

6.1. A Convenção n. 111 da OIT

Visando a coibir a discriminação em vários domínios, editou-se a *Convenção n. 111, de 1958, sobre discriminação no emprego ou profissão*, ratificada por vários países, entre eles o Brasil.

(44) Cf. a respeito nossa tese de Doutorado intitulada *A mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 154.

(45) MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Op. cit.*, p. 224.

(46) WIRTH, Linda. *Internet*. Comunicados de imprensa OIT/97/35.

Para fins dessa Convenção, no conceito de *emprego ou profissão* inclui-se o acesso aos meios de formação profissional, ao emprego, às diferentes profissões e às condições de trabalho (art. 32 da Convenção n. 111, complementada pela Recomendação com o mesmo número).

Essa definição genérica abrange situações que afetam a igualdade não só por meio de comportamentos negativos mais comuns, como também por preferências.

Não serão consideradas discriminações as distinções, exclusões ou preferências baseadas nas *qualificações exigidas para um emprego determinado*, as que se possam justificar em função da *segurança do Estado* e, finalmente, as que tenham o *caráter de medidas de proteção ou assistência especial* reconhecida como necessária por motivos como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural (art. 1º, 2, art. 4º e art. 5º, 2, da Convenção n. 111, de 1958).

A título de exemplo, não constitui discriminação fundada em sexo a *distinção estabelecida para certos empregos* que demandam elevado esforço físico, dada a qualificação exigida para determinada atividade. É que estudos realizados no campo da fisiologia revelam que o sistema muscular da mulher é menos desenvolvido do que o do homem, sendo que aos 20 anos a sua força muscular corresponde, em média, a 65% da força masculina e, aos 55 anos, decresce para 54%[47].

No que se refere à *segurança do Estado*, ainda que a disposição não se refira expressamente a questões de emprego ou de profissão, pode ter efeito sobre estas. **Não são consideradas discriminatórias** medidas tomadas em relação a uma pessoa que seja objeto de suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado.

Finalmente, as medidas especiais, cuja adoção corresponde, de fato, a fins *de proteção ou de assistência*, **não são consideradas discriminatórias**, podendo até mesmo ter como objetivo combater discriminações de que tais categorias eram vítimas na prática, como ocorre na Índia[48]. Medidas de tutela e assistência, consideradas exceção pela Convenção n. 111, são adotadas em diversos países, como as que se destinam a proteger as crianças que trabalham, a maternidade, os inválidos ou os que tenham família a seu cargo.

É notória a influência da Convenção n. 111 na legislação brasileira, evidenciada no texto da *Lei n. 5.473*, de 10 de julho de 1968, que regula o provimento de cargos e dá outras providências; essa lei considera nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos

(47) BIRYUKOVA, A.P. Legislación protectora e igualdad de oportunidades para las trabajadoras en la URSS. In: *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 99, n. 1, ene./mar. 1980, p. 69,70.

(48) Constituição da Índia, art. 16, § 4º, que permite reservar postos aos membros das "categorias atrasadas de cidadãos insuficientemente representados nos serviços oficiais". Cf. La discriminación en materia de empleo y ocupación. 3ª parte. Conferencia Internacional del Trabajo, 47ª Reunión, Ginebra, 1963, p. 211, nota 1.

Digitalizado com CamScanner

para o provimento de cargos sujeitos a seleção, nas empresas privadas como nos quadros do funcionalismo público federal, estadual ou municipal, e, ainda, no serviço autárquico de sociedade de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público.

Em seu art. 1º, parágrafo único, essa lei prevê prisão simples de três meses a um ano, além de multa pecuniária, a quem, de qualquer forma, obstar ou tentar obstar o cumprimento de suas determinações.

A Convenção n. 111 inspirou-se em princípio contido na *Declaração de Filadélfia*, segundo o qual "todos os seres humanos, sem distinção de raça, credo ou sexo, têm direito a perseguir seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança econômica e em igualdade de oportunidades" (parte II, a), como também na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 2º), que proclama a igualdade de direitos e liberdades, dentre elas a de livre escolha do trabalho, "sem distinção de raça, cor, sexo...".

7. Discriminação direta e indireta sob o prisma do direito comunitário

O Tratado de Roma, de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia e cujos objetivos são econômicos, assinalou também objetivos sociais, dentre eles a *igualdade de remuneração e tratamento entre homens e mulheres para trabalho igual*. E, para tornar efetiva a igualdade de tratamento preconizada no Tratado de Roma, promulgou-se a Diretiva de 9 de fevereiro de 1976 (207/CE), aplicável no setor público e no setor privado. Essa igualdade diz respeito ao acesso ao emprego, formação profissional, promoções e condições de trabalho. A Diretiva refere-se a esta última e também ao acesso e dispensa do emprego. Em seu art. 2º, 1, considera **tratamento desigual** "toda distinção baseada em sexo, seja diretamente ou indiretamente, por referência, em particular, à situação matrimonial ou familiar". Abre-se exceção para atividades nas quais o sexo do trabalhador traduza uma condição determinante (artistas, por exemplo), para medidas relacionadas com gravidez ou parto, e para outras atividades visando a promover a igualdade de oportunidades para as mulheres.

A Irlanda e o Reino Unido têm apresentado maior número de causas judiciais fundadas em igualdade do que os demais membros da Comunidade. Este fato é uma decorrência de pertencerem ao regime do *common law*, o qual atribui importância significativa à jurisprudência e também da eficiência dos Conselhos de Igualdade daqueles países[49], onde são encontrados exemplos *elucidativos sobre discriminação fundada em sexo, por meio de manifestação direta e indireta.*

E assim é que, na ação movida por Coleman contra Skyrail Oceanic Ltd. (agência de viagem), constatou-se que a empregada foi dispensada, sob a alegação de que seu marido era quem sustentava a família. O Tribunal de Apelação da Irlanda entendeu

(49) LANDAU, C. E. Igualdade en el empleo entre hombres y mujeres en la CEE: legislación y jurisprudencia recientes. In: *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, abr./jun. 1984, v. 103, n. 2, p. 233.

Discriminação indireta → tratamento formalmente igual, mas, na realidade, não é igual → Discriminação camuflada

ter havido discriminação em função do sexo e condenou a agência a pagar à postulante cem libras a título de **indenização por dano moral**[50]. Nesse primeiro exemplo, ocorreu uma *discriminação direta e menos frequente do que a indireta.*

Situa-se, nesta segunda modalidade de discriminação, o limite máximo de idade exigido para certos cargos na função pública, no mundo europeu. O limite exigido no Reino Unido, por exemplo, era de 26 anos. O Tribunal de Apelação na ação ajuizada por *Price* contra a *British Civil Service Commission* considerou a medida discriminatória contra as mulheres, principalmente casadas, que teriam dificuldade de preencher esse requisito, pois muitas estariam tendo filhos ou criando-os nessa faixa etária. Questão semelhante foi submetida ao Tribunal da Irlanda onde a ré foi condenada à indenização por perdas e danos e a elevar a idade para 50 anos[51].

Do exemplo citado, infere-se que a *discriminação indireta pressupõe um tratamento formalmente igual, mas que, de fato, pode ser eliminado em função do critério utilizado, para assegurá-lo. Caracteriza-se quando um dos sexos é desfavorecido, no caso, as mulheres, pouco importando haja ou não a intenção de discriminá-las. São as discriminações camufladas.*

Fato é que a transição entre o sistema jurídico anterior, de natureza nitidamente tutelar, e o direito igualitário tem ocasionado transtornos, por existir entre os países uma pronunciada diferença de pontos de vista a respeito de onde termina a igualdade e onde começa a discriminação.

8. O Ano Internacional da Mulher

Em 1975, realizou-se o Ano Internacional da Mulher, proclamado pela Assembleia Geral das Nações Unidas e de cujo programa participou a OIT intensamente.

Foram estabelecidas comparações entre a situação de homens e mulheres, e entre estas nos diversos países e, em cada país, entre mulheres de diferentes grupos de população.

A superioridade conferida ao homem na família interfere negativamente nas relações de trabalho e caracteriza um aspecto particular da discriminação em razão do sexo. A subordinação na família acaba por corresponder à subordinação no trabalho. Corrobora a assertiva o art. 446 e parágrafo único da CLT, hoje revogado, que, além de permitir ao pai ou ao marido opor-se à celebração do contrato de trabalho da mulher, facultava a este pleitear a rescisão do pacto laboral, quando suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, ou perigo manifesto às condições de mulher. Com a Lei n. 4.121 de 1962, ficou revogada a parte do art. 446 da CLT que permitia ao pai ou ao marido opor-se à celebração do contrato de trabalho da mulher. É que, deixando ela de integrar o rol dos relativamente incapazes, está apta a contratar. Persistiu, entretanto, o parágrafo único do dispositivo em questão, que permitia ao marido, na condição de

(50) *Ibidem*, p. 236.
(51) *Ibidem*, p. 235.

CLT → mulher era incapaz homem podia opor-se ao CT ou pleitear rescisão p/ preservar família

Digitalizado com CamScanner

chefe da sociedade conjugal, postular a rescisão do contrato da mulher. Pelo que se infere do preceito, o marido estava mais apto do que a própria mulher, para decidir a respeito de situações que lhe eram peculiares[52]. Finalmente, a Carta de 1988, no seu art. 226, § 5º, rompe com o preceito civilista, segundo o qual o marido é o chefe da sociedade conjugal (art. 233 do Código Civil). Hoje, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Em consequência, foram revogados não só o art. 233 do Código Civil, mas todos os privilégios que os diversos incisos desse artigo conferiam ao homem[53].

Preconizam-se medidas para estender e melhorar o alcance das normas sobre proteção à maternidade, sugerindo que os custos sejam mantidos pelos sistemas de seguridade social, fundos públicos ou sistemas coletivos, garantindo-se o emprego após o término da licença da gestante.

Apesar de todos os esforços desenvolvidos pela **ação internacional**, cumpre lembrar que **não bastam**, portanto, **declarações legais enfáticas a respeito da igualdade entre os sexos, pois as formas de discriminação estão arraigadas e levarão muito tempo para serem eliminadas. A igualdade só será atingida quando mudar a mentalidade dos povos, mas é necessário acelerar esse processo pela educação do público em geral** e pelo incentivo às mulheres para que reivindiquem os seus direitos, conscientizando-as de que deverão assumir, na mesma proporção, os seus deveres, a fim de que possamos viver numa sociedade mais humana, mais justa e mais solidária.

9. Organismos especiais

Após 1975, vários estudos feitos pelas Nações Unidas e pela OIT revelam a criação de organismos especiais, no nível nacional, visando a promover e proteger o emprego de mulheres e a melhorar sua situação na sociedade.

No Brasil, as instituições governamentais destinadas a prestar orientação, assessoria, informações e realizar estudos sobre questões relacionadas com a mulher tiveram início na metade da década de setenta e durante a década de oitenta. Com essa finalidade, foram criados a Coordenação de Proteção ao Trabalho da Mulher e do Menor (1975), junto ao Ministério do Trabalho, os Núcleos de Estudos e Pesquisa sobre a mulher nas universidades, os Conselhos dos Direitos da Mulher, em vários municípios e estados, a Comissão de Apoio à Mulher Trabalhadora Rural, os Programas de Assistência Integral à Saúde da Mulher, as Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher, as Secretarias de Estado da Condição Feminina, os Centros de Promoção da Mulher, os Programas de Estudos Feministas e o Conselho Nacional de Direitos da Mulher, com o objetivo de eliminar as discriminações.

(52) PIMENTEL, Silvia. *Evolução dos direitos da mulher*: norma, fato, valor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 70.

(53) THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 197.

10. A Convenção das Nações Unidas

Explicações detalhadas a respeito do direito das mulheres ao trabalho encontram-se na *Convenção das Nações Unidas sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, adotada em dezembro de 1979 e em vigor a partir de 16 de abril de 1982*[54].

A Convenção define a discriminação a respeito das mulheres como sendo toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo *e* que tenha por objetivo ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais pela mulher, qualquer que seja seu estado civil, nos mais diversos campos (art. 1º).

Essa Convenção **condena a discriminação**, praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa, em todas as suas formas e domínios, principalmente na vida política e pública, assegurando aos homens e mulheres os mesmos direitos, particularmente às trabalhadoras rurais. Determina *a eliminação de modelos estereotipados e a supressão da prostituição.*

O caráter *erga omnes* da **proibição de discriminar** demonstra que o princípio tem adquirido um sentido mais amplo, mais social.

Com o objetivo de impedir a discriminação, a Convenção determina aos Estados-Membros sejam tomadas medidas adequadas para proibir, *sob sanções*, a dispensa de empregada por motivo de estado civil, gravidez ou licença-maternidade. Paralelamente, estimula a criação e o desenvolvimento de serviços destinados aos cuidados das crianças, a fim de que os pais possam conciliar as obrigações familiares com as responsabilidades do trabalho e a participação na vida pública.

Concede-se às mulheres proteção especial durante a gravidez, quando o trabalho lhes for prejudicial (art. 11, § 2º), esclarecendo que a legislação relacionada com essa tutela será objeto de reavaliação periódica, *diante dos conhecimentos científicos e tecnológicos*, podendo ser derrogada ou ampliada conforme as necessidades.

As medidas adotadas pelos Estados-Partes objetivando tutelar a maternidade não serão consideradas discriminatórias, *tampouco as de caráter transitório adotadas com o escopo de acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres (art. 4º).*

Em vários dispositivos, a norma internacional assegura os mesmos direitos (arts. 11.1, 13 e 16), as mesmas condições (art. 10) e as mesmas oportunidades (arts. 10 e 16) aos homens *e* mulheres no trabalho.

A Convenção prevê, entre os comportamentos especiais, que os Estados-Partes adotem medidas legislativas contra leis, regulamentos, costumes e práticas que **impliquem discriminação contra a mulher**. Determina que os Estados-Partes procedam a alterações em suas estruturas socioculturais, **se fundadas na inferioridade ou superioridade de um**

(54) FEMMES au Travail. Genève: Bureau International du Travail, 1984, n. 1, p. 60, nota 1.

Digitalizado com CamScanner

dos dois sexos, ou em conceitos estereotipados de papéis masculinos ou femininos, em todos os níveis e em todas as formas de ensino, por meio de *estímulo à educação mista* e a outras espécies de educação que visem a atingir essa meta.

Pelo que se constatou, a Convenção em exame insiste na paridade como instrumento para garantir a eliminação da discriminação de que tem sido vítima a mulher.

11. O Direito do Trabalho e a desigualdade entre homem e mulher

A citada Convenção foi ratificada pelo Brasil (1984), com reserva do art. 15, § 4º e art. 16, § 1º, alíneas *a*, *c*, *g* e *h*, sendo, posteriormente (em 1995), aprovado o texto integral dessa convenção, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. A citada Convenção influenciou a Constituição da República Federal do Brasil de 1988, quando, no art. 5º, I, assegura a igualdade de direitos e de deveres entre homens e mulheres, e, em seguida, no art. 7º, XXX, dispõe sobre "a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil".

Em outubro de 1989, adveio a Lei n. 7.855, que derrogou os dispositivos da CLT proibitivos do trabalho noturno das mulheres na indústria, em subterrâneos, nas minerações de subsolo, nas pedreiras e obras da construção pública ou particular e nas atividades perigosas e insalubres. Ocorre que persistiram a proibição do trabalho extraordinário, salvo força maior (art. 376 da CLT), e em serviços que demandem emprego de força muscular (art. 390 e parágrafo único da CLT). A restrição legislativa quanto à jornada funda-se em razões de ordem familiar e doméstica e reflete uma estrutura cultural arraigada de estereótipos sexistas, pois o sexo não poderá constituir critério para atribuições de encargos na família, na sociedade e no trabalho. O art. 376 da CLT choca-se com o art. 5º, I, da Carta de 1988, sendo revogado em 2001.

Já a restrição contida no art. 390 da CLT, em tese, justifica-se, considerando-se que o sistema muscular da mulher é **menos desenvolvido do que o homem**. Entendemos, entretanto, que o ideal seria abolir essa restrição e submeter à apreciação de cada caso as condições atuais da empregada, ao tempo consumido na atividade e as condições do serviço. As Convenções Coletivas poderiam, em maior harmonia com a realidade fática, individualizar os trabalhos considerados pesados, dos quais estariam excluídos certos trabalhadores, dadas as suas características particulares, como aliás dispõe a lei italiana 903, de 1977 (art. 1º, § 4º).

A revogação da legislação sobre as restrições citadas acima visou a ampliar o campo de trabalho da mulher e a tornar a legislação mais consentânea com o que ocorre na vida cotidiana e na realidade social. A rigor, a falsa proteção era desprezada e, na prática, as mulheres trabalhavam e trabalham em condições insalubres, principalmente nos serviços paramédicos, em hospitais, à noite e em regime de horas extras.

Não estamos, absolutamente, fazendo apologia do trabalho insalubre, perigoso, noturno e extraordinário ou em outras condições penosas. Ao contrário, se o trabalho

nessas condições é arriscado, deve ser eliminado, reduzido com o uso de equipamento de proteção individual (EPI) e diminuição da jornada, ou compartilhado, pois o agente agressivo é capaz de ocasionar prejuízos **indistintamente** a homens e mulheres.

A nosso ver, mesmo as atividades que exigem elevado vigor físico podem ter diminuída tal característica mediante o emprego de modernos recursos da técnica e da automação, pelos quais as engrenagens mecânicas poderão substituir facilmente e até com mais eficiência a força masculina e, o que é mais importante, com a vantagem de eliminarem o excessivo desgaste físico, na maioria das vezes nocivo à saúde humana, em geral.

A par da **revogação de vários preceitos legais, com o objetivo de combater a discriminação e fomentar a igualdade de salário e de oportunidades, inseriu-se na CLT o art. 373-A, proibindo publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual se faça referência a sexo, salvo se a natureza da atividade o exigir;** recusar emprego ou promoção ou motivar a dispensa por motivo de sexo; considerar o sexo como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, situação familiar ou estado de gravidez.

O art. 391 e parágrafo único da CLT, reforçado por vários itens do art. 373-A, introduzido em 1999, já **coibiam a discriminação por motivo de estado civil ou estado de gravidez.**

Inobstante os referidos preceitos, é comum o empregador investigar as circunstâncias pessoais da mulher, como estado civil ou gravidez, e **levar a cabo discriminação na admissão de pessoal**, no curso da relação de emprego ou no término do contrato de trabalho[55].

Ora, admitindo-se que o empregador investigue a gravidez da trabalhadora, por meio de testes ou exames, sobretudo na fase de seleção de pessoal, o princípio da não discriminação restaria mutilado, pois o empregador, em face dos inconvenientes que a contratação de uma mulher grávida poderia acarretar, deixaria de admiti-la, sem que ela tivesse oportunidade de insurgir-se contra a medida com êxito, o que tornaria inútil o preceito constitucional que veda o tratamento diferenciado na admissão, por motivo de sexo. Ademais, estar-se-ia permitindo, ainda, violação ao direito à intimidade,

(55) "DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. Comprovado, à saciedade, que a reclamante, ao contrário dos demais empregados da empresa, exceto o gerente que ocupava cargo de confiança, foi dispensada pela sucedida e não reaproveitada nos quadros da sucessora, exatamente por encontrar-se grávida, a conduta dos representantes da sucessora e da sucedida é discriminatória e atrai a incidência do art. 373-A, II, da CLT, bem como do art. 4º da Lei n. 9.029/95, que faculta à empregada optar pela reintegração ou pela percepção da remuneração do período de estabilidade provisória. Incide, ainda, na hipótese o E. n. 244 do C. TST." TRT – 3ª Região – Ac. 7ª Turma – RO-00499-2004-109-03-00-6. Relª: Juíza Alice Monteiro de Barros, julgado em 18.11.2004.

Digitalizado com CamScanner

assegurado no art. 5º, X, da Constituição vigente, ao cidadão brasileiro, em geral. Comprovada a infringência ao direito à intimidade da empregada, é cabível compensação por dano moral.

Atualmente, a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, no seu art. 2º, considera crime as seguintes práticas: exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigação à esterilização genética, bem como promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados por meio de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde — SUS. São sujeitos ativos desse crime a pessoa física do empregador, seu representante legal ou ainda o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional. Ao infrator será cominada **detenção de um a dois anos**, além de multa administrativa correspondente a dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% na hipótese de reincidência, e proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Por outro lado, rompido o contrato de trabalho por esses atos discriminatórios, faculta-se à empregada optar entre a reintegração, com o pagamento das remunerações relativas ao período de afastamento, corrigidas monetariamente, ou a percepção em dobro dessas importâncias, acrescidas de juros e correção monetária. A referida lei não consagra estabilidade no emprego, não obstante respeitáveis pronunciamentos nesse sentido. Ela proíbe a dispensa da empregada apenas quando praticada com intuito discriminatório, configurador do exercício abusivo do direito de despedir[56]. Nesse sentido alteramos o nosso entendimento contido no final da ementa alusiva ao TRT – 3ª Região – 7ª Turma – RO-00499-2004-109-03-00-6, julgado em 18.11.2004, no qual atuamos como relatora.

Algumas disposições contidas na lei citada foram transplantadas para a CLT, por meio da Lei n. 9.799, de 1999, como aliás se infere do art. 373-A, IV, que proíbe o empregador de exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego. A tutela se dirige ao direito à intimidade e à igualdade, impedindo que a gravidez da empregada possa ser utilizada como causa da discriminação. Ainda atenta para a questão da intimidade da trabalhadora, a mesma lei introduziu o inciso VI no art. 373-A consolidado, proibindo o empregador ou seus prepostos de submeter as empregadas a revistas íntimas[57],

(56) TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 401.

(57) "Dano moral. Caracterização. Para o deferimento da indenização por danos morais, é necessária a prática de ato ilícito que, por sua vez, atinja bens incorpóreos, tais como a autoestima, a honra, a privacidade, a imagem, o nome, a dor, a emoção, a vergonha e outros. O conjunto probatório revela que a empregadora, no curso das investigações de furto, submeteu a reclamante a situação extremamente vexatória, obrigando-a a se despir diante de policiais femininas em busca do numerário desaparecido, sendo que nada foi

Como o fundamento da proibição reside na dignidade do ser humano, em geral, melhor teria sido inserir o preceito na seção que trata da segurança e da medicina do trabalho, à semelhança de algumas legislações estrangeiras. Entretanto, com fulcro no art. 5º, I, da Constituição Federal de 1988, que considera homens e mulheres iguais em direitos e deveres, aqueles poderão invocar, por analogia, o citado inciso VI do art. 373-A para se insurgirem também contra as revistas íntimas, pois se a razão jurídica da norma é a mesma, ou seja, proteger a dignidade da pessoa humana, igual deverá ser a solução. A consequência para o empregador que realizar revista íntima é o pagamento da compensação por dano moral, sem prejuízo da rescisão indireta (art. 483 da CLT).

No afã de combater o assédio sexual, que, além de violar a intimidade do trabalhador, em geral, é considerada uma forma de violência contra a mulher, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana de Belém do Pará/MRE, tornando-a pública por meio do Decreto de Promulgação n. 1.973, de 1º de agosto de 1996. Essa norma internacional considera o assédio sexual como violência contra a mulher, nos termos da alínea *b* do art. 2º.

Na mesma direção é a Lei n. 10.778, de 24 de novembro de 2003, que estabelece "a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados". O art. 1º, § 2º, II, dessa lei, considera como violência contra a mulher "o assédio sexual no lugar de trabalho".

No parágrafo único do art. 373-A da CLT consagram-se as ações afirmativas, ao permitir a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento de políticas de igualdade.

Não há dúvida de que essas medidas foram inspiradas nas Convenções n. 100 e 111 da OIT, que garantem a igualdade de salário e de oportunidades, e na Convenção da ONU sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

No campo da tutela à maternidade, a Constituição de 1988 ampliou para 120 dias a licença-maternidade, cujo encargo constitui ônus do órgão previdenciário, se persistir a relação de emprego. Atualmente, em face da ratificação pelo Brasil, em 2003, da Convenção n. 171 da OIT, o trabalho noturno é vedado somente às mulheres no ciclo gravídico-puerperal, no período de dezesseis semanas, sendo oito obrigatoriamente antes do parto.

O início da licença tornou-se mais flexível, pois a partir da nova redação dada ao art. 392, § 1º, da CLT, em 2002, ela poderá ocorrer dentro dos 28 dias anteriores ao parto, e não necessariamente 28 dias antes do mesmo. O atual preceito contém mais uma faculdade do que uma imposição, pois há inúmeras funções que permitem que a mulher desfrute do descanso em data mais próxima ao parto. Nesses casos, os dias restantes da licença serão desfrutados após o parto.

O legislador, em 1999, autorizou à gestante a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário à realização de no mínimo seis consultas médicas e demais exames complementares, a teor do art. 392, § 4º, com a nova redação dada ao dispositivo em 2002.

Digitalizado com CamScanner

As inovações legislativas citadas foram tímidas. Dever-se-ia, na hipótese de falecimento da mãe no parto, ter estendido ao pai o restante da licença-maternidade para cuidar da criança, como já procede a legislação espanhola e as legislações da Colômbia e do Chile, para citar apenas países latinos. A propósito, existe decisão do STF do Brasil, de 1951 (Rel.: Min. Edgar Sanchez), garantindo ao cônjuge supérstite o restante da licença-maternidade, quando a mãe falece após o parto, mas ainda no decurso da referida licença.

Poderia também ter estendido ao pai o intervalo para aleitamento artificial, como já procede a legislação espanhola.

Outra inovação ocorrida em 2002 (Lei n. 10.421) foi a extensão à mãe adotiva da licença-maternidade (art. 392-A da CLT).

Sempre afirmamos[58] que o legislador deveria superar a concepção meramente biológica da maternidade e estender parte da licença pós-parto aos pais adotivos, concedendo-lhes o afastamento a partir do ingresso da criança no lar adotivo e desde que ela se encontrasse em idade que requeresse cuidados especiais, inclusive alusivos à adaptação. → já implantado!

A Lei n. 10.421, de abril de 2002, equiparou ao parto o ingresso da criança adotada no lar, fixando os limites de idade com referência às exigências físicas e afetivas do adotado. O legislador inspirou-se nas relações domésticas (a mãe também se ocupa da criança adotada), mas não se preocupou com a questão da repartição dos papéis familiares, pois se fosse essa a sua intenção teria, com o nosso aplauso, estendido também ao pai adotivo a licença obrigatória, que corresponde ao período pós-parto, como, acertadamente, já procedem as legislações dos países escandinavos, da França, da Espanha, de Portugal, da Colômbia, da Venezuela e do Chile, para citar alguns exemplos[59]. O legislador brasileiro, portanto, poderia ter avançado mais.

Pelo que se pode observar, o Direito não conseguiu superar as desigualdades de gênero, exatamente porque ele reflete a realidade social, impregnada de estereótipos sexistas.

Cada pessoa é portadora de um valor que é a dignidade humana. Homens e mulheres têm igual valor.

encontrado. Mesmo tendo a empresa motivos para investigar as irregularidades denunciadas, o exercício desse direito pela empregadora não pode colidir com as garantias individuais asseguradas pela Lei Maior, no caso, a da inviolabilidade da intimidade (art. 5º, inc. X). Assim, demonstrada a existência de dano conexo com ato ilícito praticado pela empresa, impõe-se o deferimento do pedido de indenização por dano moral, nos termos do art. 159 do Código Civil." TRT – 12ª Reg. – RO-V- 2100/00 – Ac. 8312/00 – 1ª T. – Rel.: Juiz Idemar Antônio Martini – DJSC 8.9.2000. *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS, 2000, p. 94.

(58) MONTEIRO DE BARROS, Alice. *A mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, *passim*.

(59) *Ibidem*, p. 245, 297, 298, 308, 320, entre outras.

A liberdade não consiste apenas em ter direitos consagrados de forma taxativa na lei, mas em oferecer condições para que eles possam ser exercidos e efetivados.

A necessidade de participação equitativa das mulheres nos diversos postos de trabalho, nas esferas de poder, nos centros decisórios, é uma imposição do **direito à plena cidadania**, que não se adquire com mera igualdade na lei, clamando por condições, por possibilidades materiais que permitam às mulheres alcançar a igualdade de resultados. Do contrário, "o princípio da igualdade encerrará uma evidente hipocrisia, ao esconder fatores de várias ordens, dos sociais aos culturais, que favorecem os homens, colocando-os em situações privilegiadas"[60].

(60) BARRETO, Irineu. A evolução do conceito de universalidade dos direitos humanos e a participação das mulheres na construção da democracia. In: *Dimensão jurídica*. Cadernos Condição Feminina. Portugal, 1991, n. 33, p. 65.

Digitalizado com CamScanner

Proteção Jurídica ao Trabalho das Pessoas com Deficiência

SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA

Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (Alínea e do Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Resolução da ONU A/61/611, de 6 de dezembro de 2006)

As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos. (Art. 4 da Convenção n. 159 da OIT, ratificada pelo Brasil)

1. Introdução

O primeiro direito fundamental do homem é indiscutivelmente o direito à vida. Esse direito, no entanto, está apoiado em alguns pilares essenciais, dentre eles a saúde e o trabalho. Sem saúde, a vida perece; sem trabalho, a saúde e a vida podem ficar comprometidas.

A pessoa deficiente luta em posição de desvantagem para garantir trabalho e saúde e, na maioria das vezes, perde na competição acirrada do mundo atual. Para os deficientes, o índice de desemprego é duas ou três vezes superior; a baixa qualidade de vida, a pobreza e a desnutrição são muito mais acentuadas e a exclusão social predomina, bastando citar o reduzido acesso deles às universidades.

A Organização Mundial de Saúde afirma que pelo menos uma em cada dez pessoas no mundo apresenta algum tipo de deficiência, sendo que, no Brasil, há mais de 24 milhões de pessoas deficientes, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE apurados no Censo de 2000. Nesse contingente incluem-se as deficiências congênitas e as deficiências adquiridas, dentre elas as decorrentes de acidente do trabalho e acidente de trânsito, cujos números são assustadores se comparados com as estatísticas de outros países. Basta mencionar que o Brasil ostentou, no final do século XX, o incômodo título de campeão mundial em acidentes do trabalho.

Apesar do avanço da proteção legal, ainda é grande a indiferença ou então a visão preconceituosa de que os deficientes são pessoas trágicas, vítimas do destino ou dignas de piedade. Habitualmente, enxerga-se apenas a deficiência isolada, identificando a pessoa pela diferença que a distingue, com desprezo de tudo de eficiente que ela possui ou pode desenvolver. A percepção desse comportamento desumano da sociedade está levando o legislador a adotar regras de conduta obrigatórias para inclusão social do deficiente, com pesadas sanções jurídicas em caso de inobservância.

O deficiente ainda enfrenta muito preconceito quanto ao aproveitamento do seu potencial de trabalho. Segundo levantamento publicado no ano 2000 pelo professor José Pastore, das pessoas deficientes no Brasil, 9 milhões estavam em idade de trabalhar, no entanto só 2% atuavam no mercado formal de trabalho, enquanto essa proporção nos países mais avançados ficava entre 30% e 45%[1].

A contribuição da ciência jurídica está servindo para afastar a visão piegas e acomodada de colocar o deficiente apenas como alvo da caridade pública ou da ajuda espontânea das pessoas bondosas. Em vez disso, tem o propósito de conferir-lhe a posição de titular de direitos e garantias que possam assegurar a sobrevivência digna, com pleno exercício de suas aptidões e desenvolvimento da capacidade de produzir.

Aliás, a preocupação de amparar os deficientes, os acidentados, os mutilados de guerra ou aqueles incapacitados para o trabalho tem raízes longínquas. Aristóteles, citado por Rubens Valtecides, já apregoava: "é mais fácil ensinar um aleijado a desempenhar uma tarefa útil do que sustentá-lo como indigente"[2].

2. Discriminação dos deficientes

Nos povos primitivos, aqueles que não tinham utilidade para o trabalho ou para a guerra, como os idosos e os deficientes, eram simplesmente eliminados. Na Grécia, as crianças pertenciam ao Estado, que as examinavam ao nascer; quando eram julgadas fracas ou disformes pelo Conselho de anciões da cidade, eram atiradas do cume das escarpas do Taígeto, com cerca de 2.400 metros de altitude. No primeiro código romano, a Lei das XII Tábuas, lê-se na Tábua IV: I – que o filho nascido monstruoso seja morto imediatamente; II – que o pai tenha sobre o filho o direito de vida e de morte[3].

Se nos dias atuais esses costumes bárbaros desapareceram, ainda permanecem o preconceito, a indiferença e o mundo moldado essencialmente para as pessoas ditas "normais". Há uma tendência de considerar a deficiência como um problema do próprio

(1) PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para os portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000. p. 7.

(2) ALVES, Rubens Valtecides. *Deficiente físico* — novas dimensões da proteção ao trabalhador. São Paulo: LTr, 1992. p. 21.

(3) OLIVEIRA, Moacyr de. Deficientes: sua tutela jurídica. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 19, n. 76, p. 369, 1982.

Digitalizado com CamScanner

deficiente, despertando mais piedade do que desejo efetivo de inseri-lo dignamente na comunidade.

Assim, o deficiente é discriminado antes mesmo de pensar em trabalhar. Apesar dos notáveis progressos ocorridos, na maioria das vezes ele não tem formação adequada às suas limitações, não dispõe de condução acessível para se locomover, não conta com edifícios de fácil acesso, não desperta simpatia nos entrevistadores; ao contrário, muitas vezes suscita rejeição. Até um papel numa telenovela ou filme é representado por atores sem deficiência que se esforçam para exibir a deficiência que não possuem...

A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, ratificada pelo Brasil[4], estabelece no art. 1º o alcance do termo discriminação:

> a) O termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.
>
> b) Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado-parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação.

Convém mencionar que "o estigma da deficiência acaba por fazer com que a população acredite que todos os deficientes são iguais"[5], sem avaliar a capacidade residual de trabalho diferenciada de cada um, ou mesmo o grau de adaptação ou de superação já atingido pelo candidato a emprego. Qual artista dito "normal" teria superado, por exemplo, a arte incomparável de Aleijadinho?...

Ocorre, às vezes, de se acumularem numa só pessoa vários fatores discriminatórios, tornando ainda mais sofrível a situação do deficiente, tais como a condição de ser negro, mulher, criança, idoso, analfabeto, refugiado, etc.

De todo modo, no atual estágio civilizatório já é possível perceber que em condição pior que se encontram muitos deficientes estão aqueles que os ignoram ou desprezam, pois, apesar de demonstrarem integridade física, exibem as deformidades de caráter e estas nem sempre são passíveis de mudança ou reabilitação...

3. Princípio da igualdade e proteção jurídica ao deficiente

A evolução histórica do convívio das pessoas com deficiência perante a sociedade foi bem resumida por Ricardo Marques em quatro períodos ou fases: 1. extermínio; 2. exclusão

(4) BRASIL. Decreto n. 3.956, 8 out. 2001.

(5) RIBAS, João Batista Cintra. *O que são pessoas deficientes*. São Paulo: Nova Cultural/Brasiliense, 1985. p. 29.

caridosa; 3. integração; 4. inclusão. No primeiro estágio, os deficientes eram simplesmente eliminados ou exterminados. Na etapa seguinte, durante a Idade Média, iniciou-se a exclusão civil caridosa das pessoas com deficiência, que passaram a ser destinadas a viver confinadas em asilos para cegos, para sequelados pela hanseníase ou para loucos, dentre outros. No terceiro período, o da integração, esperava-se das pessoas deficientes a superação de seus limites, para viabilizar o exercício da vida social; ou seja, a busca de métodos para a adaptação possível da pessoa deficiente à vida em sociedade. Finalmente, no estágio atual da inclusão, o movimento ocorre no sentido da sociedade em direção ao deficiente. Neste passo, é a sociedade que procura remover os seus próprios entraves ou limitações para incluir os deficientes e facilitar os canais de acesso destes ao exercício de todos os direitos civis e profissionais[6].

A Constituição da República de 1988 e diversos documentos internacionais proclamam que todos são iguais perante a lei, proibindo qualquer espécie de discriminação[7]. Contudo, a interpretação mais corrente desse princípio só resolve parte dos problemas das pessoas deficientes, porque aqueles que se encontram em situações diferentes não conseguem competir em condições de igualdade.

Se adotarmos apenas a concepção tão difundida de que se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, estaremos perpetuando as diferenças. Pode-se dizer, é verdade, que esse princípio constitucional impede a discriminação odiosa, porém não garante efetivamente a igualdade de oportunidades, ou seja, impede a injustiça quanto aos iguais, mas não promove a aproximação possível dos desiguais.

O princípio da igualdade, no entanto, vem adquirindo feições mais avançadas, ampliando seu conteúdo e passando a atuar como agente ativo de promoção das políticas de igualação. Aliás, está comprovado pela Sociologia que o Direito atua também como agente de transformação, influenciando os comportamentos sociais, numa singular interação: ao mesmo tempo em que é condicionado pela realidade social, também atua como condicionante desta.

Essa alteração qualitativa do princípio da igualdade, captada com lucidez pela Ministra do STF Cármen Lúcia Antunes Rocha, tem sua raiz histórica no pronunciamento do Presidente Lyndon B. Johnson, no dia 4 de junho de 1965, na Howard University, quando indagou se todos ali eram livres para competir com os demais membros da sociedade em igualdade de condições. A partir desse fato histórico, o movimento da ação afirmativa ganhou dimensão e acolhimento:

> Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como *afirmative*

(6) FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Libras no Judiciário: um débito social. In: *Revista LTr*, v. 71, n. 09, p. 1.068, 2007.

(7) O art. 10 da Declaração dos Direitos do Deficiente, proclamada pela Assembleia Geral da ONU por intermédio da Resolução n. 3.447, de 9 de dezembro de 1975, estabelece: "O deficiente deve ser protegido contra toda exploração, toda regulamentação e todo tratamento discriminatório, abusivo ou degradante".

Digitalizado com CamScanner

action, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito. A expressão ação afirmativa, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualadas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. Naquela ordem se determinava que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma "ação afirmativa" para aumentar a contratação dos grupos ditos das minorias, desigualados social e, por extensão, juridicamente.

A mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da ação afirmativa, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter, necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim, nas entidades públicas e privadas[8].

Essa concepção enriquecida do princípio da igualdade foi logo aplicada na proteção aos deficientes. Para combater o preconceito longamente arraigado na sociedade e para atingir verdadeiramente a igualdade de oportunidades, percebeu-se que era necessária a fixação de percentuais mínimos obrigatórios de participação dos deficientes nos cargos e empregos públicos e privados. A proteção legal visa a conceder mais direitos aos deficientes para compensar as dificuldades destes e criar um estado ainda que artificial de igualdade de oportunidades. Como assevera Hugo Mazzilli, "torna-se preciso compreender que o verdadeiro sentido da isonomia, constitucionalmente assegurada, é tratar diferentemente os desiguais, na medida em que se busque compensar juridicamente a desigualdade, igualando-os em oportunidades"[9].

Nas legislações estrangeiras, nota-se o avanço consistente da ação afirmativa, dando nova dimensão ao princípio da igualdade, porquanto já são comuns as normas especiais para garantir a manutenção do emprego ou o acesso do deficiente ou do reabilitado ao trabalho, exatamente para compensar sua real dificuldade em competir no mercado de trabalho.

Na Itália, foram instituídas várias disposições legais sobre admissão obrigatória dos deficientes, as quais foram sistematizadas pela Lei n. 482/68, contemplando os inválidos de guerra militares e civis, os inválidos por serviço, os inválidos do trabalho, os inválidos civis, os privados da visão, os surdos-mudos, os órfãos e as viúvas dos

(8) ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa — o conteúdo democrático do princípio da igualdade. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 131, p. 285, 1996.

(9) MAZZILLI, Hugo Nigro. O deficiente e o Ministério Público. In: Revista *Justitia*, v. 50, n. 141, 1988, p. 64.

beneficiários da lei, os ex-tuberculosos e os foragidos[10]. Dessa forma, os empregadores italianos que mantinham sob sua dependência mais de 35 empregados e operários eram obrigados a admitir trabalhadores das categorias mencionadas até a alíquota total equivalente a 15% do pessoal em serviço[11]. Por influência da Decisão n. 50 do Tribunal Constitucional Italiano, de 2 de fevereiro de 1990, que considerou inconstitucional a não inclusão dos deficientes mentais habilitados para determinadas tarefas[12], a Lei n. 104/92 estendeu os benefícios da admissão obrigatória para tais pessoas[13].

Mais recentemente, todavia, percebeu-se que o percentual de 15% era muito elevado porque atualmente o número de pessoas com deficiência na Itália gira em torno de 3,5% da população. Com efeito, a Lei n. 68, de 12 de março de 1999, estabeleceu que os empregadores públicos e privados deverão contratar pessoas com deficiência na proporção de 7% de seus trabalhadores, no caso de empresas com mais de 50 empregados, duas pessoas com deficiência, no caso de empresas com 36 a 50 trabalhadores, e uma, para as empresas que tenham entre 15 e 35 trabalhadores[14].

Na Alemanha, há obrigação de admitir de 6% a 10% de trabalhadores deficientes para as empresas com mais de 15 empregados[15]. Nos últimos anos, diversos países adotaram normas estabelecendo um percentual mínimo obrigatório para admissão dos trabalhadores com deficiência, nas entidades públicas e privadas, variando apenas o percentual e alguns benefícios fiscais concedidos para incentivar a contratação.

No âmbito das Américas, vigora a "Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência", que tem por objetivo, conforme previsto no art. II, "prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e propiciar a sua plena

(10) ITÁLIA. Lei n. 482, de 2 abr. 1968, art. 1º: "La presente legge disciplina l'assunzione obbligatoria — preso le aziende private e le ammnistrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le amministrazioni regionali, provinciali e comunali, le aziende di Stato e quelle municipalizzate, nonché le ammnistrazioni degli enti pubblici iin genere e degli istituti soggetti a vigilanza governativa — degli invalidi di guerra, militari e civili, degli invalidi per servizio, degli invalidi del lavoro, degli invalidi civili, dei ciechi, dei sordomuti, degli orfani e delle vedove dei caduti in guerra o per servivizo o sul lavoro, degli ex-tubercolotici dei profughi" Cf. BARTOLINI, Francesco. *Codice del lavoro*. 7. ed. 1997. p. 429.

(11) ITÁLIA. Lei n. 482, de 2 abr. 1968, art. 11: "I privati datori di lavoro, i quali abbiano complessivamente alle loro dipendente più di 35 lavoratori tra operai ed impiegati, ad esclusione degli apprendisti, sono tenuti ad assumere lavoratori appartenenti alle categorie iindicate nel prepcedente titolo, per una aliquota complessiva del 15 per cento del personale in servizio; le frazioni percentuali superiori allo 0,50 per cento sono considerate unità" Cf. BARTOLINI, Francesco. *Codice del lavoro*. 7. ed. 1997. p. 431.

(12) Cf. *Revista Internacional do Trabalho*, v. 112, n. 3, 1993, p. 424.

(13) ITÁLIA. Lei n. 104, de 5 fev. 1992, art. 19. "In attesa dell'entrata in vigore della nuova disciplina del collocamento obbligatorio, le disposizioni di cui alla L. 2 aprile 1968, n. 482, e sucessive modificazioni, deveno intendersi applicabili anche a coloro che sono affetti da minorazione psichica, i quali abbiano una capacità lavorativa che ne consente l'impiego in mansioni compatibili..." Cf. BARTOLINI, Francesco. *Codice del lavoro*. 7. ed. 1997. p. 1404.

(14) FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência*. São Paulo: LTr, 2006. p. 108.

(15) ALVES, Rubens V. *Deficiente físico* — novas dimensões da proteção ao trabalhador, 1992. p. 73-74.

Digitalizado com CamScanner

integração à sociedade". Essa Convenção, após sua aprovação pelo Congresso Nacional[16], foi promulgada para vigorar no Brasil pelo Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001.

Também a OIT aprovou, em 1983, a Convenção n. 159, que estabelece a obrigação dos países signatários de instituir uma política nacional sobre reabilitação profissional e emprego das pessoas deficientes, com a finalidade de promover oportunidades de ocupação para tais pessoas no mercado regular de trabalho (arts. 2º e 3º), abrangendo, inclusive, a zona rural e as comunidades distantes. Essa Convenção teve ampla adesão internacional, pois já contava, em março de 2009, com a ratificação formal de 80 países, valendo citar, entre eles, Alemanha, Argentina, Bolívia, Chile, Espanha, França, Itália, México, Paraguai, Portugal, Suíça, Uruguai e Venezuela. O Brasil também ratificou a Convenção n. 159, que teve vigência nacional a partir de 18 de maio de 1991[17].

Para deixar evidente o propósito da ação afirmativa na promoção da igualdade de oportunidades, o art. 4º da mencionada Convenção estabelece:

> Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e os trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos.

Merece destaque especial, nesta sequência, a recente "Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência" composta de 30 artigos, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 2006, que sintetiza os progressos das políticas de inclusão e do pensamento mais avançado sobre o tema neste início do século XXI. A Convenção foi saudada como o primeiro grande tratado sobre os direitos humanos do século XXI.

Estabelece o seu art. 1º que "o propósito da presente Convenção é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade". Como princípios gerais, a Convenção relaciona no art. 3º: a) O respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual; b) A não discriminação; c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) A igualdade de oportunidades; f) A acessibilidade; g) A igualdade entre o homem e a mulher; e h) O respeito pelas capacidades em desenvolvimento de crianças com deficiência e respeito pelo seu direito a preservar sua identidade.

(16) Decreto Legislativo n. 198, de 13 de junho de 2001.

(17) A Convenção n. 159 da OIT foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 51, de 25 de agosto de 1989, e promulgada pelo Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991.

O texto da Convenção já foi aprovado para vigência no Brasil, por intermédio do Decreto Legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008. É importante registrar que a ratificação mencionada, com indicação expressa de observância dos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, representa um marco muito significativo porque confere à Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência um prestígio diferenciado no ordenamento jurídico nacional. Isso porque o referido dispositivo, introduzido no art. 5º da Constituição, por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/2004, estabelece que: "§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais"[18].

O art. 27 da Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência aborda o tema do trabalho e emprego do deficiente e, pela sua importância, merece transcrição integral:

> Art. 27 – trabalho e emprego.
>
> 1. Os Estados-partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência de trabalhar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Este direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceito no mercado laboral em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados-partes deverão salvaguardar e promover a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:
>
> a. Proibir a discriminação, baseada na deficiência, com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;

(18) Cabe anotar que o STF alterou seu entendimento sobre o *status* normativo dos Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil. A mudança foi registrada a partir dos julgamentos do HC n. 87.585-TO e do RE n. 466.343, ocorridos no dia 3 de dezembro de 2008. Na linha desse novo pensamento pode ser indicada a seguinte ementa: "Direito processual. *Habeas corpus*. Prisão civil do depositário infiel. Pacto de São José da Costa Rica. Alteração de orientação da jurisprudência do STF. Concessão da ordem. 1. A matéria em julgamento neste *habeas corpus* envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no *caput* do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, consequentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. *Habeas corpus* concedido". STF. 2ª Turma. HC 95967, Relª Min. Ellen Gracie, DJ 28 nov. 2008.

Digitalizado com CamScanner

b. Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;

c. Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas;

d. Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas técnicos gerais e de orientação profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado;

e. Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como atendimento na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno a ele;

f. Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio;

g. Empregar pessoas com deficiência no setor público;

h. Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;

i. Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;

j. Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho; e

k. Promover reabilitação profissional, retenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

2. Os Estados-partes deverão assegurar que as pessoas com deficiência não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 também adotou claramente a ação afirmativa para ampliar qualitativamente o conteúdo do princípio da igualdade. Basta conferir os objetivos fundamentais insculpidos no texto constitucional:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II – garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Transborda do texto acima o propósito de promover mudanças, empreender uma ação efetiva para alcançar o fundamento básico da dignidade da pessoa humana. A leitura, por outro enfoque, pode ser interpretada também como confissão implícita do legislador constituinte das principais mazelas da sociedade brasileira daquela época, quais sejam: marginalização das minorias, sociedade injusta, pobreza e desigualdades acentuadas, bem como diversas formas de discriminação.

Assevera Cármen Lúcia que "a ação afirmativa reconstrói o tecido social, introduzindo propostas novas à convivência política, nas quais se descobrem novos caminhos para se igualar, na verdade do direito e não apenas na palavra da lei, o que o preconceito de ontem desigualou sem causa humana digna"[19].

Como se depreende do exposto, no estágio atual da civilização não basta possibilitar ou tolerar a integração do deficiente na sociedade, é preciso ir além, no sentido de retirar os impedimentos sociais e econômicos para implementar a sua verdadeira inclusão. Desse modo, muda-se a direção do desafio, visto que a sociedade é que deve adaptar-se para inclusão do deficiente, respeitando as suas diferenças e viabilizando que ele possa desenvolver tudo que mais tem de eficiente.

4. Combate à discriminação pela proteção legal

Em sintonia com o avanço do princípio da igualdade, passando de uma defesa passiva contra as discriminações para uma ação afirmativa visando à promoção de oportunidades, surgiram diversos documentos legislativos no Brasil favorecendo as pessoas com deficiência.

A Constituição da República de 1988 garantiu aos trabalhadores portadores de deficiência, dentre outros direitos, a proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão, bem como a reserva de um percentual de cargos e empregos públicos (arts. 7º, XXXI, e 37, VIII). A Lei n. 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, estipulou que cabia ao Poder Público estabelecer legislação específica para disciplinar a reserva de mercado de trabalho, em face das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado[20].

A Lei n. 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas, reserva até 20% das vagas oferecidas no concurso para as pessoas portadoras de deficiência, desde que as atribuições sejam compatíveis com a deficiência (art. 5º, § 2º).

Se o desemprego para o cidadão comum é angustiante, para o portador de deficiência física é dramático. Assim, diante das dificuldades do deficiente para conseguir emprego e dos embaraços para o acidentado reabilitado voltar ao mercado de trabalho e em sintonia com as normas internacionais já mencionadas, o art. 93 da Lei n. 8.213/91 instituiu um percentual mínimo obrigatório de trabalhadores nessa situação, para aquelas empresas com 100 ou mais empregados:

(19) Cf. Ação afirmativa — o conteúdo democrático do princípio da igualdade. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 131, p. 295, 1996.

(20) A Lei n. 7.853/89 recebeu nova regulamentação pelo Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, consolidando as normas de proteção das pessoas portadoras de deficiência. Em 2004, o Decreto n. 5.296 promoveu algumas alterações na redação do Decreto n. 3.298/99.

Digitalizado com CamScanner

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I – até 200 empregados 2%

II – de 201 a 500 ..... 3%

III – de 501 a 1.000 ..... 4%

IV – de 1.001 em diante 5%

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

Convém mencionar que esse dispositivo não é novo no ordenamento jurídico nacional. Na Lei n. 3.807 de 26 de agosto de 1960, conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social, havia previsão semelhante no art. 55: "As empresas que dispuserem de 20 (vinte) ou mais empregados serão obrigadas a reservar de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de cargos, para atender os casos de readaptados ou reeducados profissionalmente, na forma que o regulamento desta lei estabelecer".

Observa-se, porém, que a redação da lei atual é mais objetiva e traz a influência benéfica da ação afirmativa, apesar de ter excluído o imenso contingente das pequenas empresas. Na Lei n. 3.807/60, a empresa era obrigada a reservar cargos, no entanto não estava expressamente obrigada a admitir, o que simplesmente levou ao descumprimento ou quase completa ignorância do preceito legal. Agora, a previsão da Lei n. 8.213/91 é taxativa: a empresa está obrigada a *preencher* os quadros com um percentual mínimo de reabilitados ou deficientes habilitados.

Como bem salientou o Procurador do Trabalho Manoel Jorge e Silva Neto, "o art. 93 da Lei n. 8.213/91 deixa a clara e nítida impressão de que o sistema normativo infraconstitucional desenvolveu um critério objetivo para desvendar se a empresa discrimina ou não o portador de deficiência e o beneficiário reabilitado: o atendimento ou não à proporcionalidade ditada pelo preceito"[21]. Assim, quem não contar com o número mínimo estabelecido de empregados reabilitados e/ou deficientes habilitados implicitamente estará demonstrando uma postura discriminatória contra os reabilitados e/ou deficientes habilitados.

Pela leitura atenta do art. 93 da Lei n. 8.213/91, pode-se concluir que a empresa com mais de 100 empregados só poderá dispensar o acidentado reabilitado, sem justa causa, se atender cumulativamente a dois requisitos: 1. contar com um número de empregados reabilitados ou deficientes habilitados pelo menos no limite do piso estabelecido; 2. admitir outro empregado em condição semelhante, de modo a garantir o percentual

(21) SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 207.

mínimo[22]. Trata-se, portanto, de estabilidade provisória sem prazo certo, pois terá duração até a admissão de outro trabalhador em condição semelhante, mesmo assim quando a cota mínima estiver preenchida.

Pode-se concluir também que, enquanto a empresa não atinge o percentual mínimo legal, nenhum empregado reabilitado ou deficiente pode ser dispensado, mesmo se for contratado outro em condição semelhante, a não ser por justa causa. Caso ocorra a dispensa ilegal, o acidentado reabilitado ou o deficiente habilitado tem direito à reintegração no emprego e aos salários e demais vantagens de todo o período do afastamento ou até quando o empregador preencher as condições legais para promover validamente a dispensa. Como se vê, essa estabilidade provisória de emprego atua como complemento da garantia prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91.

Vejam alguns julgamentos do Colendo TST a respeito:

Recurso de revista. Empregado portador de deficiência. Dispensa imotivada. Necessidade de imediata contratação de substituto em condição semelhante. Garantia social e individual. Limitação legal ao direito potestativo do empregador de resilir unilateralmente o contrato de trabalho. Reintegração. A efetiva igualdade substantiva de oportunidade e de tratamento para trabalhadores portadores de deficiência exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização, pois se trata de situação em que a prevalência do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) exige o tratamento desigual dos desiguais. Por outro lado, o direito potestativo do empregador de denúncia vazia do contrato de trabalho não é absoluto, sendo certo que, enquanto garantia fundamental de caráter eminentemente institucional, sua própria existência depende da conformação que lhe é atribuída pela legislação infraconstitucional no momento em que delimita seu escopo, limites e alcance, delineando, dessa forma, seu próprio conteúdo. Mostra-se legítima, pois, sob a ótica da hermenêutica dos direitos fundamentais, a fixação de limites ao seu exercício destinados a realizar o princípio da função social da propriedade, princípio insculpido no art. 170, III, da Lei Maior. É o que ocorre tanto com a norma inscrita no *caput* do art. 93 da Lei n. 8.213/91 quanto com aquela entalhada no respectivo § 1º, ambas impondo restrições ao exercício da dispensa imotivada pelo empregador, preservando, no entanto, o seu núcleo essencial, uma vez que de modo algum se pode afirmar que o empregador é despido, por tais preceitos, da faculdade de unilateralmente resilir o contrato de trabalho, ante o condicionamento do seu exercício à satisfação de requisitos legais concretizadores de comandos constitucionais. Dessarte, *pari passu* com a criação de reserva de mercado para trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados da Previdência Social, entendeu por bem, o legislador, em também restringir a subjetividade inerente ao livre exercício do direito potestativo do empregador de resilir unilateralmente o contrato de trabalho do empregado em tais condições, mediante a imposição de ônus objetivo, com a finalidade de impedir, ou pelo menos dificultar, a ocorrência de práticas discriminatórias para efeito de permanência da relação jurídica de trabalho. As condicionantes previstas a) no *caput* e incisos I a IV, do art. 93 da Lei n. 8.213/91 e b) no § 1º do art. 93 da Lei n. 8.213/91, não obstante complementares

(22) A Instrução Normativa MTE/SIT n. 20, de 26 de janeiro de 2001, estabelece que, para efeito de aferição dos percentuais mínimos obrigatórios do art. 93 da Lei n. 8.213/91, será considerado o número de empregados da totalidade dos estabelecimentos da empresa. Prevê também que os trabalhadores poderão estar distribuídos nos diversos estabelecimentos da empresa ou centralizados em um deles.

Digitalizado com CamScanner

de um ponto de vista de política social, são independentes e autônomas no que diz com a eficácia jurídica de suas disposições. A primeira estabelece uma garantia social objetiva, uma reserva de mercado, consubstanciada na fixação de cotas, dedicadas a segmento específico da população que experimenta significativa desvantagem no que diz com o acesso e manutenção da relação de emprego. A segunda institui espécie de garantia de índole individual, subjetiva, ainda que relativa e precária, para o trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado, e o faz mediante a imposição do ônus de vincular a validade do ato da dispensa imotivada do empregado deficiente físico à tautócrona contratação de outro empregado em condições semelhantes. A obrigação relacionada à garantia individual prevista no § 1º do art. 93 da Lei n. 8.213/91 não se dá por satisfeita com a observância da garantia objetiva preconizada no *caput* do mesmo dispositivo legal, com a qual não se confunde. A redação categórica do § 1º em comento evidencia a autonomia semântica do enunciando normativo que encerra: a despedida sem justa causa do trabalhador reabilitado ou deficiente físico habilitado depende, sempre, da prévia contratação de substituto em condição semelhante. Recurso de revista provido. TST. 3ª Turma. RR-AIRR n. 14/2005-025-04-40.5, Relª Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, *DJ* 10 out. 2008.

Recurso de revista — Reintegração — Deficiente físico — Lei n. 8.213/91 — O art. 93, § 1º, da Lei n. 8.213/91 estabelece garantia indireta de emprego, pois condiciona a dispensa do trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado à contratação de substituto que tenha condição semelhante. Trata-se de limitação ao direito potestativo de despedir, motivo pelo qual, uma vez não cumprida a exigência legal, devida é a reintegração no emprego. TST. 8ª Turma. RR n. 18578/2002-005-09-00.5, Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, *DJ* 4 abr. 2008.

Recurso de revista. Estabilidade. Empregado reabilitado ou deficiente habilitado. Art. 93, § 1º, da Lei n. 8.213/91. Da interpretação sistemática da norma submetida a exame se extrai a ilação de que o § 1º do art. 93 da Lei n. 8.213/91 é regra integrativa autônoma, a desafiar até mesmo artigo próprio. Com efeito, enquanto o *caput* do supracitado art. 93 estabelece cotas a serem observadas pelas empresas com cem ou mais empregados, preenchidas por beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, o seu § 1º cria critério para a dispensa desses empregados (contratação de substituto de condição semelhante), ainda que seja para manter as aludidas cotas. É verdadeira interdição ao poder potestativo de resilição do empregador, na medida em que, antes de concretizada a dispensa, forçosa a contratação de outro empregado reabilitado ou portador de deficiência habilitado para ocupar o mesmo cargo daquele dispensado. Assim, o reclamante tem direito à reintegração ao emprego, até que a recorrida comprove a contratação de outro trabalhador na mesma situação. Recurso conhecido e provido. TST. 4ª Turma. RR n. 585/2004-029-04-40.4, Rel. Ministro Barros Levenhagen, *DJ* 22 jun. 2007.

Ao adolescente portador de deficiência é assegurado trabalho protegido, conforme prevê o art. 66 da Lei n. 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa disposição legal está em sintonia com a previsão do art. 227, § 1º, II, da Constituição da República de 1988. São proteções especiais para aqueles que não têm condições de inserção no mercado competitivo do trabalho. O trabalho nas oficinas protegidas de produção e oficinas terapêuticas foi regulamentado pelo art. 37, do Decreto n. 3.298/99, nos §§ 4º, 5º e 6º:

> § 4º Considera-se oficina protegida de produção a unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo desenvolver programa de habilitação profissional para adolescente e adulto portador de deficiência, provendo-o com trabalho remunerado, com vista à emancipação econômica e pessoal relativa.

> § 5º Considera-se oficina protegida terapêutica a unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo a integração social por meio de atividades de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescente e adulto que devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, não possa desempenhar atividade laboral no mercado competitivo de trabalho ou em oficina protegida de produção.
>
> § 6º O período de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescente e adulto portador de deficiência em oficina protegida terapêutica não caracteriza vínculo empregatício e está condicionado a processo de avaliação individual que considere o desenvolvimento biopsicossocial da pessoa.

É relevante mencionar também que o contrato de aprendizagem, como previsto no art. 428 da CLT, tem singularidades quando se trata de pessoas com deficiência. Em primeiro lugar, o contrato do aprendiz com deficiência não está sujeito ao limite máximo de dois anos (§ 3º, do art. 428 da CLT). Em segundo, a idade máxima de 24 anos para o contrato de aprendizagem não se aplica ao deficiente, ou seja, é válido o contrato de aprendizagem para deficiente de qualquer idade (art. 428, § 5º, da CLT).

Outra forma adotada para incrementar o aproveitamento do trabalho dos deficientes foi a dispensa de licitação na contratação, por parte dos órgãos ou entidades da Administração Pública, de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (art. 24, XX, da Lei n. 8.666/93).

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei n. 3.050, de 21 de setembro de 1998, que regulamenta o art. 215 da Constituição Estadual, estabeleceu que o poder público, por meio da administração direta, indireta e fundacional, só poderá contratar com empresas que comprovem ter observado o cumprimento do disposto no art. 93 e parágrafo único da Lei n. 8.213/91.

Cabe lembrar, ainda, que constitui crime previsto no art. 8º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados da deficiência que porte, bem como negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho. A pena é de reclusão de um a quatro anos. Esse dispositivo legal está em harmonia com a previsão do art. 5º, XLI, da Constituição de 1988, que prevê: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

A Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999, possibilita a criação das Cooperativas Sociais cuja finalidade básica é a inserção das pessoas em desvantagens no mercado econômico, por meio do trabalho. O art. 3º desta Lei relaciona como pessoas "em desvantagens" os deficientes físicos e sensoriais, os deficientes psíquicos e mentais, as pessoas dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente e os egressos de hospitais psiquiátricos, dentre outros. Há previsão também de que o trabalho deve ser organizado considerando as instalações, horários e jornadas de forma a minimizar

Digitalizado com CamScanner

as dificuldades gerais e individuais das pessoas deficientes, com programas especiais de treinamento para aumentar-lhes a produtividade e a independência econômica e social.

A fiscalização para exigir o cumprimento do número mínimo de trabalhadores portadores de deficiência ou reabilitados, conforme estabelecido no art. 93 da Lei n. 8.213/91, que antes estava a cargo do Ministério da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99 – art. 141, § 2º; Portaria MPAS/SE n. 4.677/98), passou, a partir do Decreto n. 3.298/99, para o Ministério do Trabalho e Emprego, conforme previsto no art. 36:

> § 5º Compete ao Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, bem como instituir procedimentos e formulários que propiciem estatísticas sobre o número de empregados portadores de deficiência e de vagas preenchidas, para fins de acompanhamento do disposto no *caput* deste artigo.

Com efeito, caso a empresa não preencha o quadro de pessoal com observância do piso estabelecido no art. 93 da Lei n. 8.213/91, poderá sofrer fiscalização e multa aplicada pelos Auditores Fiscais do Ministério do Trabalho (art. 36, § 5º, do Decreto n. 3.298/99 e Instrução Normativa MTE/SIT n. 20/2001), tanto por iniciativa desse órgão público quanto por denúncia de pessoas ou entidades interessadas:

> **Ação anulatória de débito fiscal — Multa por descumprimento do art. 93 da Lei n. 8.213/91.** Constatado que a empresa não procedeu à contratação de portadores de deficiência física e de reabilitados da Previdência Social no percentual fixado em lei, fica mantida a multa aplicada pela Delegacia Regional do Trabalho. Minas Gerais. TRT 3ª Região. 1ª Turma. RO n. 01035-2008-022-03-00-2, Rel. Marcus Moura Ferreira, *DJ* 27 mar. 2009.

> **Ação anulatória de débito fiscal — Multa por descumprimento do art. 93 da Lei n. 8.213/91 — Termo de ajuste de conduta.** Demonstrado nos autos que a empresa não cumpriu o Termo de Ajuste de Conduta firmado com a Procuradoria Regional do Trabalho do Espírito Santo, na filial de Guanhães/MG, não procedendo à contratação de portadores de deficiência física e reabilitados da Previdência Social no percentual fixado em lei, e tampouco havendo prova inequívoca de preenchimento da cota respectiva em outros estabelecimentos, de modo a suprir o cumprimento da obrigação na filial deste Estado, fica mantida a multa aplicada pela Delegacia Regional do Trabalho. Minas Gerais. TRT 3ª Região. 1ª Turma. RO n. 00044-2007-090-03-00-3, Rel. Marcus Moura Ferreira, *DJ* 23 nov. 2007.

De todo modo, antes da lavratura de auto de infração, a fiscalização do Ministério do Trabalho poderá instaurar procedimento especial objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao deficiente, conforme previsto no art. 627-A da CLT. Com efeito, o Termo de Compromisso que vier a ser firmado com a empresa deverá conter o cronograma de preenchimento das vagas das pessoas portadoras de deficiência ou beneficiários reabilitados, de forma gradativa, constando, inclusive, a obrigatoriedade da adequação das condições dos ambientes de trabalho, na conformidade do previsto nas Normas Regulamentadoras, instituídas pela Portaria n. 3.214/78[23].

(23) Ministério do Trabalho. Instruções Normativas n. 20 e 23, ambas de 2001.

5. Abrangência do conceito de "pessoa deficiente"

Nesta etapa cabe analisar o conceito normativo de pessoa deficiente e deficiente habilitado ao trabalho, para delimitar a abrangência e o conteúdo da proteção legal.

Como a questão conceitual suscita inúmeras controvérsias, a Declaração dos Direitos dos Deficientes, adotada pela Assembleia Geral da ONU, por intermédio da Resolução n. 3.447, de 9 de dezembro de 1975[24], e a Convenção n. 159 da OIT adotaram conceito expresso, que serve de paradigma para as legislações dos diversos países:

> O termo deficiente designa toda pessoa em estado de incapacidade de prover por si mesma, no todo ou em parte, as necessidades de uma vida pessoal ou social normal, em consequência de uma deficiência congênita ou não de suas faculdades físicas ou mentais (art. 1º da Declaração dos Direitos dos Deficientes da ONU).

> Entendem-se como pessoa deficiente todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada (art. 1º da Convenção n. 159).

A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência estabeleceu no art. 1º:

> O termo deficiência significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

A Lei portuguesa n. 9/89 também elaborou conceito sobre pessoa deficiente:

> Considera-se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de estrutura ou função psicológica, intelectual, fisiológica ou anatômica susceptível de provocar restrições de capacidade, pode estar considerada em situações de desvantagem para o exercício de actividades consideradas normais tendo em conta a idade, o sexo e os factores sócioculturais dominantes[25].

A recente Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU de 2006 e já aprovada para ratificação pelo Brasil, conforme acima mencionado, adota no art. 1º um conceito mais avançado de pessoa deficiente:

> Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Já na letra *e* do preâmbulo da referida Convenção, a ONU reconhece que "a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais

(24) DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DOS DEFICIENTES. In: *Revista OAB-RJ*, n. 19, p. 260, 1982.

(25) PORTUGAL. Lei n. 9, 2 maio 1989, art. 1. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 117, p. 429, 1993.

Digitalizado com CamScanner

pessoas". Informa Ricardo Tadeu Marques da Fonseca que esse conceito revolucionário de pessoa com deficiência foi incorporado a partir da participação direta de pessoas com deficiência, levadas por Organizações Não Governamentais de todo o mundo[26]. Explica também que o conceito da Convenção supera a conceituação clínica da deficiência (física, mental ou sensorial) para uma combinação de fatores médicos e sociais:

> Evidencia-se, então, a percepção de que a deficiência está na sociedade, não nos atributos dos cidadãos que apresentem impedimentos físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais. Na medida em que as sociedades removam essas barreiras culturais, tecnológicas, físicas e atitudinais, as pessoas com impedimentos têm assegurada ou não a sua cidadania. Assim, por exemplo, a eliminação de barreiras arquitetônicas assegura o direito de ir e vir para as pessoas com deficiências físicas; a criação de meios alternativos de comunicação garante o direito de livre expressão para os surdos e cegos; os métodos de educação especial viabilizam o acesso ao conhecimento para qualquer pessoa com deficiência mental ou sensorial. Quando essas medidas não são adotadas, excluem-se as pessoas com tais impedimentos, pondo-se a nu a incapacidade social de criar caminhos de acesso à realização plena dos direitos humanos. Quer-se, assim, transpor a ideia de que a responsabilidade pela exclusão da pessoa com deficiência se deve a ela ou sua família, para que se compreenda que a sociedade também deve responsabilizar-se por oferecer instrumentos institucionais e tecnológicos para se abrirem às perspectivas de acolhimento e emancipação de todos[27].

No Brasil, a legislação da Seguridade Social separa os portadores de deficiência em três categorias, com proteções jurídicas diferenciadas:

1. deficientes sem habilitação para o trabalho;

2. deficientes com habilitação para o trabalho;

3. deficientes reabilitados.

Aos portadores de deficiência que não têm habilitação para o trabalho e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela família, a Constituição da República de 1988 (art. 203) assegura a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independentemente de contribuição à Seguridade Social. Enquadra-se nesta hipótese a pessoa portadora de deficiência, incapacitada para vida independente e para o trabalho, cuja renda familiar, dividida pelo número de seus integrantes, seja inferior a um quarto do salário mínimo e, ainda, que não

(26) FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. In: *Revista LTr*, v. 72, n. 03, p. 263, 2008. Vale mencionar que o referido autor, na condição de deficiente visual, Procurador do Trabalho e reconhecido estudioso do tema, participou ativamente da sessão do Comitê da ONU que elaborou o texto da Convenção.

(27) FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. In: *Revista LTr*, v. 72, n. 03, p. 265, 2008.

possua outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime (art. 9º do Decreto n. 6.214/07, que regulamenta a Lei n. 8.742/93).

Estabelece o regulamento que a avaliação da pessoa com deficiência, para fins de concessão do benefício mencionado, deverá ser feita com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde — CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde n. 54.21, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001. Além disso, a avaliação, que será feita pela perícia médica e pelo serviço social do INSS, deverá considerar as deficiências nas funções e estruturas do corpo juntamente com os fatores ambientais, sociais e pessoais[28].

Entretanto, se a incapacidade surgiu da prestação regular do trabalho, por acidente do trabalho ou doença ocupacional, cabem ao portador da deficiência os benefícios da Previdência Social, conforme previsto na Lei n. 8.213/91 (auxílio-doença acidentário, auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez acidentária).

O Decreto n. 3.298/99, que regulamenta a Lei n. 7.853/89 e dispõe sobre a Política Nacional para integração da pessoa portadora de deficiência, adota expressamente alguns conceitos importantes sobre o tema em estudo:

> Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:
>
> I – deficiência — toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;
>
> II – deficiência permanente — aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e
>
> III – incapacidade — uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.
>
> Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:
>
> I – deficiência física — alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296/04)
>
> II – deficiência auditiva — perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296/04)

(28) Cf. o art. 16 do Decreto n. 6.214, de 26 set. 2007, após a mudança introduzida pelo Decreto n. 6.564 de 12 set. 2008.

Digitalizado com CamScanner

III – deficiência visual — cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296/04)

IV – deficiência mental — funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

a) comunicação;

b) cuidado pessoal;

c) habilidades sociais;

d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296/04)

e) saúde e segurança;

f) habilidades acadêmicas;

g) lazer; e

h) trabalho;

V – deficiência múltipla — associação de duas ou mais deficiências[29].

Uma vez registrado o conceito normativo de pessoa deficiente[30], cabe avançar para o conceito de pessoa deficiente habilitada ou reabilitada para o trabalho, como previsto no art. 93 da Lei n. 8.213/91. O art. 36 do Decreto n. 3.298/99 esclarece em dois parágrafos:

> § 2º Considera-se pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS.
>
> § 3º Considera-se, também, pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função.

A reserva de vagas do art. 93 da Lei n. 8.213/91 é destinada aos trabalhadores reabilitados e aos trabalhadores com deficiência habilitados.

(29) Anote-se que, ao reclamante portador de deficiência, conforme previsto no art. 4º do Decreto n. 3.298/99, é assegurado prioridade na tramitação dos processos perante o Tribunal Superior do Trabalho, desde que a causa discutida em juízo tenha como fundamento a própria deficiência. O benefício, que deverá ser requerido pela parte interessada, está regulamentado na Instrução Normativa do TST n. 29, de 4 de agosto de 2005.

(30) Antes do conceito de pessoa deficiente estabelecido no Decreto n. 3.298/99, havia definição a respeito na Portaria MPAS n. 4.677, de 29 de julho de 1998, e na Ordem de Serviço conjunta MPAS/INSS n. 90, de 27 de outubro de 1998.

6. Reabilitação profissional

Após a Primeira Grande Guerra, a reabilitação profissional começou a ser implementada de forma definida e consistente. Registra Fernando Boccolini:

> Realmente nos hospitais de convalescentes das forças armadas, iniciou-se aquilo que poderíamos chamar os primeiros passos na reabilitação científica: para aqueles soldados que estavam em condições de andar ou usar as mãos, foram distribuídas pequenas tarefas com a finalidade de mantê-los ocupados, evitando assim uma *decomposição mental*. Pintura de pequenas peças, fabricação de enfeites para o Natal próximo e tantas outras atividades começaram a ser usadas. Verificou-se então que os soldados que executavam estas tarefas se apresentavam sempre mais bem-dispostos, mais joviais, aceitando melhor as restrições e imposições a que o tratamento os obrigava[31].

Com o advento da Segunda Grande Guerra, a reabilitação profissional recebeu novo impulso, mesmo entre os civis, tanto pela premência de mão de obra quanto pela necessidade de propiciar rendimentos e uma vida social aceitável aos portadores de deficiência. Percebeu-se, então, que são poucos os trabalhos que exigem 100% de integridade física, podendo-se utilizar a capacidade residual do deficiente para outras tarefas compatíveis com a sua limitação. Como assinala Boccolini, "o incapacitado deve ter seu lugar assegurado no seio da sociedade, na comunidade em que vive, na indústria em que trabalha em função exclusivamente daquilo que é capaz de produzir. A piedade e a filantropia deverão ser reservadas para aqueles cujo defeito seja tão grave que não permita mais seu reaproveitamento"[32].

No Brasil, o segurado da Previdência Social portador de incapacidade total ou parcial para o trabalho, oriunda de acidente do trabalho ou situações equiparáveis, tem direito aos serviços de reabilitação profissional, com o intuito de proporcionar o seu retorno ao emprego em função compatível com a sua limitação ou mesmo o reingresso no mercado de trabalho em função diversa, de acordo com a capacidade laborativa residual[33].

Mesmo considerando a garantia de emprego de um ano e a reserva de vagas, já mencionada, observa-se que ainda ocorrem muitas discriminações quanto ao reabilitado. Diversas empresas, cumprindo a contragosto a norma legal, deixam esse trabalhador sem serviço ou lhe atribuem tarefas humilhantes, especialmente em razão da baixa produtividade nos primeiros meses de retorno ao trabalho, após a alta concedida pelo INSS. Como assevera Myrian Matsuo, "o trabalhador em fase de reabilitação é visto como força de trabalho a ser excluída, é discriminado pela sua condição e a readaptação

(31) BOCCOLINI, Fernando. Reabilitação profissional. In: *Curso de medicina do trabalho*. São Paulo: Fundacentro, 1979. p. 1.239.

(32) BOCCOLINI, F. *Op. cit.*, p. 1.251.

(33) BRASIL. Lei n. 8.213, 24 jul. 1991, arts. 89 a 92.

Digitalizado com CamScanner

não é colocada como meta. Portanto, ao acidentado, neste sistema, resta permanecer praticamente sem fazer nada, trabalhando em funções inadequadas enquanto durar o período da estabilidade legal para a sua capacidade física, ou, então, ir embora da empresa"[34].

Aliás, o direito à reabilitação ficou agora mais fortalecido no Brasil, visto que a Convenção da ONU de 2006 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo n.186, de 09 de julho de 2008, com eficácia normativa equivalente à emenda constitucional, estabelece no art. 26:

> Art. 26 – Habilitação e Reabilitação
>
> 1. Os Estados-partes deverão tomar medidas efetivas e apropriadas, inclusive mediante apoio dos pares, para possibilitar que as pessoas com deficiência conquistem e conservem o máximo de autonomia e plena capacidade física, intelectual, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida. Para tanto, os Estados-partes deverão organizar, fortalecer e estender serviços e programas completos de habilitação e reabilitação, particularmente nas áreas de saúde, emprego, educação e serviços sociais, de modo que estes serviços e programas: a. Comecem o mais cedo possível e sejam baseados numa avaliação multidisciplinar das necessidades e pontos fortes de cada pessoa; e b. Apoiem a participação e a inclusão na comunidade e em todos os aspectos da sociedade, sejam oferecidos voluntariamente e estejam disponíveis às pessoas com deficiência o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural.
>
> 2. Os Estados-partes deverão promover o desenvolvimento da capacitação inicial e continuada de profissionais e de equipes que atuam nos serviços de habilitação e reabilitação.
>
> 3. Os Estados-partes deverão promover a disponibilidade, o conhecimento e o uso de dispositivos e tecnologias assistivas, projetados para pessoas com deficiência e relacionados com a habilitação e a reabilitação.

O trabalhador reabilitado, que foi vítima de acidente do trabalho, convive com a dor estampada no corpo e gravada na alma, porquanto não consegue esconder a marca da mutilação, nem apagar da memória o acidente sofrido, que "matou" um pedaço da sua vida. Seu grande desafio é descobrir que ainda é capaz de ser útil, de perceber habilidades antes ignoradas e sentir-se incluído na unidade produtiva da empresa e, consequentemente, no meio social em que atuava antes do infortúnio.

7. Medidas judiciais de apoio ao deficiente

Neste tópico vamos abordar as medidas judiciais cabíveis para o cumprimento das normas de apoio ao deficiente, exatamente para tornar realidade o direito que já foi consagrado no ordenamento jurídico.

A vida dos direitos depende, também, dos seus destinatários, que devem atuar influenciando na gestação da norma jurídica e, principalmente, exigindo o seu cumprimento, dando-lhe contornos mais precisos e maior efetividade. Os grandes direitos do

(34) Cf. MATSUO, Myrian. *Acidentado do trabalho*: reabilitação ou exclusão? São Paulo: Fundacentro, 1998. p. 212.

homem já estão proclamados e os instrumentos judiciais devem garantir a sua tutela jurídica. A inércia ou a conformação com a violação dos direitos retarda o progresso jurídico e estimula os transgressores, tornando letra morta as conquistas insculpidas nos diplomas legais. Transformar em realidade concreta aquilo que o Direito já proclamou é o desafio da era presente, cuja vitória está condicionada à iniciativa de agir e reagir contra o imobilismo.

Diante das obrigações legais do empregador, com relação ao reabilitado e ao deficiente habilitado, pode-se perguntar o que acontece quando a empresa não preenche o percentual mínimo de vagas fixado no art. 93 da Lei n. 8.213/91. Pode um trabalhador nessas condições exigir a sua admissão? Quais as consequências para o empregador em razão do descumprimento dessa norma? Qual a medida judicial cabível?

O preceito legal do art. 93 da Lei n. 8.213/91 tem natureza jurídica de norma de ordem pública, cujo cumprimento não pode sofrer qualquer restrição, mormente em razão do seu indiscutível alcance social, mundialmente consagrado[35]. No entanto, essa norma não chega ao ponto de assegurar ao reabilitado ou deficiente habilitado a prerrogativa de exigir judicialmente sua admissão em determinada empresa, porquanto não se trata de interesse de natureza individual, uma vez que a norma em análise se enquadra na categoria dos direitos difusos[36].

Cabe ao Ministério Público do Trabalho ou às entidades relacionadas no art. 3º da Lei n. 7.853/89 ajuizar ação civil pública para exigir o cumprimento da norma pela empresa, requerendo a fixação de multa diária (*astreintes*) para constranger o empregador

(35) Empregados portadores de deficiência — Inclusão social através da relação de emprego — Dever das grandes entidades empresariais, por força da Constituição da República, de normas internacionais ratificadas e da legislação ordinária — A inclusão socioeconômica e cultural de pessoas portadoras de necessidadese especiais no Brasil tornou-se matriz jurídica fundamental, a partir da Constituição de 1988, realizando-se, em grande medida, mediante a relação empregatícia. Nesta linha, não só se vedou a discriminação de tais obreiros no âmbito laborativo (art. 7º, XXXI, CF/88), como instigou-se a sua inserção e mantença nos empregos (Convenção n. 159 da OIT), além de se atribuir, especificamente, para grandes empresas (com 100 ou mais empregados) sistema imperativo de cotas inclusivas de pessoas portadoras de deficiência (Lei Previdenciária n. 8.213/1991, art. 93). Neste contexto, a grande instituição empregadora é obrigada não apenas a organizar condições operacionais favoráveis ao desempenho laborativo deste profissional incluído, como adequar sua cultura diretiva e avaliadora ao processo includente determinado pela mais moderna ordem jurídica democrática. TRT 3ª Região. 1ª Turma. Processo n. 01379-2005-004-03-00-7, Rel. Des. Mauricio Godinho Delgado, *DJ* 3 ago. 2007.

(36) "Ação civil pública. Preenchimento das cotas. Art. 93 da Lei n. 8.213/1991. A Lei n. 8.213/1991, em seu art. 93 determina que as empresas com 100 ou mais empregados deverão preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência. A previsão da lei é clara e exige o imediato cumprimento, pelas empresas, da política de inserção social dos portadores de deficiência física, por intermédio das cotas disponibilizadas consoante o total de empregados existentes em seus quadros. O descumprimento dessa obrigação legal caracteriza ofensa a interesses difusos cuja reparação deverá ser buscada pela via da ação civil pública." Minas Gerais. TRT 3ª Região. 7ª Turma. RO n. 00439-2006-022-03-00-7, Relª Juíza Convocada Wilméia da Costa Benevides, *DJ* 14 dez. 2006.

Digitalizado com CamScanner

recalcitrante a cumprir a obrigação legal, podendo-se cumular o pleito com a antecipação de tutela[37]. Nesse sentido pronunciou o Colendo TST:

> **Contratação de empregado portador de deficiência — Quota prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/91 — Ação civil pública — Ministério Público do Trabalho — Competência da Justiça do Trabalho.** A controvérsia cinge-se à utilização da ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho visando a estabelecer normatividade ao disposto no art. 93 da Lei n. 8.213/91, regulado que foi pelo Decreto n. 3.298, no sentido de promover a inserção social das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho, de molde a conceder eficácia social aos princípios insculpidos na Constituição Federal relativamente as pessoas portadoras de deficiência, especialmente quanto aos arts. 23, inciso II, 24, inciso XIV e 203, inciso IV, da CF/88. Se a atuação do *parquet* importa na intervenção no âmbito do poder diretivo empresarial e nas empresas, no sentido de assegurar a igualdade de oportunidades àqueles hipossuficientes socialmente, no caso pessoas portadoras de deficiência, que se encontram em condições desiguais de oportunidade no mercado de trabalho, ainda que abstratamente considerada a questão, resulta não só induvidosa a legitimação do Ministério Público do Trabalho, como da competência da Justiça do Trabalho para reconhecer-lhe a legitimidade, bem assim para dirimir a controvérsia, que se instala no âmbito das relações entre trabalhadores e empregadores, como alude o mencionado art. 114 da Constituição Federal. A relação jurídica material insere-se na órbita da jurisdição trabalhista, porquanto interfere objetivamente na liberdade empresarial quanto a contratação de seus colaboradores, bem como torna eficaz e imediato o princípio constitucional, obrigando a formação de contratos de trabalho com pessoas portadoras de deficiência, desde que observados os requisitos previstos na legislação específica. Neste diapasão, se o objeto da ação está relacionado com a deficiência e, se esta interfere nas relações entre empregados e empregadores em face da natureza da tutela jurisdicional que se pretende, insere-se, portanto, a controvérsia, na esfera de competência da Justiça do Trabalho, pois o que se assegura, em síntese, é ***o direito ao trabalho do portador de deficiência***, hipótese plenamente abarcável pelo art. 114 da Constituição Federal. Recurso de Revista não conhecido. TST. 1ª Turma. RR n. 692894/2000.2, Rel. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, *DJ* 2 maio 2003.

É provável, no entanto, que o Ministério Público do Trabalho obtenha êxito em negociações diretas com as empresas, visando a celebrar "compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais" com eficácia de título executivo extrajudicial, como previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85.

Na Alemanha, o empregador que não admitir as "pessoas deficientes" de acordo com a cota compulsória poderá pagar, mensalmente, por emprego não provido, determinada quantia a um fundo oficial que proporciona serviços sociais para integração dos deficientes[38]. Na Itália, enfatiza Riva Sanseverino que os empregadores privados que não requisitarem inválidos ou outros deficientes ao competente Órgão Provincial

(37) Além da competência do Ministério Público fixada no art. 83 da Lei Complementar n. 75/93, o art. 3º da Lei n. 7.853/89 dispõe: "As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de um ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência".

(38) ALVES, Rubens Valtecides. *Deficiente físico* — novas dimensões da proteção ao trabalhador. São Paulo: LTr, 1992. p. 74.

do Trabalho são punidos com multa por dia de trabalho e por posto vago e não preenchido, sendo que as multas são revertidas para os institutos de prótese de reeducação e reclassificação dos inválidos[39].

O mais urgente, contudo, é que os empresários brasileiros comecem a considerar efetivamente a hipótese de contratar os portadores de deficiência. Não como cota de sacrifício compulsória e inevitável, mas como forma gratificante de inclusão daqueles que estão marginalizados do mundo do trabalho e do prazer de serem úteis. Vejam a recomendação a respeito do professor José Pastore:

> Na fase do recrutamento em si, a preparação do candidato é essencial. Ele não pode ser iludido, nem ter a impressão de que está sendo testado por mera obrigação legal da empresa, e muito menos que será admitido por espírito caritativo. Essas mensagens precisam ser explicitadas porque, de um modo geral, os portadores de deficiência conhecem melhor seus direitos do que seus deveres.
>
> Compete à empresa explicar que tem uma vaga aberta, verba no orçamento e trabalho produtivo a ser feito. As exigências da vaga têm de ser expostas claramente. O candidato precisa imaginar-se como ocupante daquele posto de trabalho e examinar as eventuais consequências de um desajuste entre exigência e competência[40].

Cabe registrar, também, a advertência do professor Rubens Valtecides: "A promoção do trabalho dos inabilitados deve ser menos dependente de razões humanitárias e estar mais vinculada ao aproveitamento de apreciável contingente de mão de obra que se poderá integrar ao desenvolvimento das nações, especialmente a brasileira"[41].

Ao final deste estudo, pode-se constatar que ocorreu no Brasil um considerável progresso em favor das pessoas com deficiência, tanto na aprovação de normas jurídicas avançadas quanto na implementação das cotas mínimas no serviço público e nas empresas privadas. Estima-se que depois do ano 2000 já foram contratadas mais de 100 mil pessoas com deficiência, conferindo dignidade aos que outrora ficavam à margem da sociedade e do agradável sentimento de ser útil.

Apesar de estarmos no caminho certo, muito ainda precisa ser feito para a concretização das políticas de inclusão contempladas no ordenamento jurídico nacional. Com esse pensamento, a Lei Federal n. 11.133/05 instituiu o dia 21 de setembro de cada ano, como o Dia Nacional de Luta da Pessoa Portadora de Deficiência. Aliás, esse dia marca o final do inverno ou da indiferença e o começo da primavera ou da esperança. O desafio atual, portanto, pode ser resumido numa frase: cada vez mais tornar real o que já é legal.

(39) SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, Editora da Universidade de São Paulo, 1976. p. 146.

(40) PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000. p. 216.

(41) ALVES, Rubens Valtecides. *Deficiente físico* — novas dimensões da proteção ao trabalhador. São Paulo: LTr, 1992. p. 152.

Digitalizado com CamScanner

Proteções Contra Discriminação na Relação de Emprego(*)

MAURICIO GODINHO DELGADO

1. Introdução

O direito, em sua função de regular a vida social, atua com regras de caráter positivo e regras de caráter negativo. Regras positivas, que imputam vantagens jurídicas em favor de seus titulares; regras negativas, que inviabilizam a prática de condutas agressoras sobre o patrimônio moral e material dos indivíduos. No conjunto das regras de caráter negativo, talvez as mais significativas, hoje, no universo jurídico, sejam as dirigidas ao combate à *discriminação* no contexto social.

Discriminação é a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru *preconceito*, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc.). Mas pode, é óbvio, também derivar a discriminação de outros fatores relevantes a um determinado caso concreto específico.

O combate à discriminação é uma das mais importantes áreas de avanço do direito característico das modernas democracias ocidentais. Afinal, a sociedade democrática distingue-se por ser uma sociedade suscetível a processos de inclusão social, em contraponto às antigas sociedades, que se caracterizavam por serem reinos fortemente impermeáveis de exclusão social e individual.

Também o Direito do Trabalho tem absorvido essa moderna vertente de evolução da cultura e prática jurídicas. No caso brasileiro, essa absorção ampliou-se, de modo significativo, apenas após o advento da mais democrática carta de direitos já insculpida na história política do país, a Constituição da República, de 1988.

2. Parâmetros das proteções antidiscriminatórias trabalhistas

São distintas as proteções jurídicas contra discriminações na relação de emprego.

(*) Trabalho retirado da obra deste autor, *Salário — teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 247-260, com atualizações pertinentes.

De um lado, há as proteções jurídicas contra *discriminações em geral*, que envolvem tipos diversos e variados de empregados ou tipos diversos de situações contratuais. Embora grande parte desses casos acabem por ter, também, repercussões salariais, o que os distingue é a circunstância de serem discriminações de dimensão e face diversificada, não se concentrando apenas (ou fundamentalmente) no aspecto salarial. Esse grupo de situações discriminatórias e respectivos antídotos jurídicos é que será examinado no presente artigo.

De outro lado, há as proteções que envolvem, especificamente, *discriminações com direta e principal repercussão na temática salarial*. Desdobram-se estas em quatro situações mais notáveis, sendo três já tradicionais ao ramo justrabalhista e uma mais recentemente advinda ao cotidiano do mercado de trabalho. As três situações tradicionais são: aquela envolvente ao instituto da *equiparação salarial*; as situações similares que ocorram em empresas que organizam seus trabalhadores em *quadro de carreira*; finalmente, a situação que trata do nível salarial devido ao empregado *substituto provisório* de um colega que receba salário superior. A situação nova criada no mercado de trabalho e que também suscita o debate acerca do tema da discriminação é aquela envolvente aos trabalhadores submetidos ao mecanismo da *terceirização*.

O grupo de situações discriminatórias envolventes à temática salarial e respectivos remédios jurídicos não será examinado, entretanto, no presente artigo, em vista de sua larga abrangência, que enseja pesquisa e reflexão particularizadas. De todo modo, remetemos o leitor interessado aos capítulos XVII e XVIII de nossa obra *Salário — teoria e prática*, onde esses temas são debatidos.

Marco histórico da Carta de 1988

A análise dos parâmetros das proteções antidiscriminatórias trabalhistas permite, ainda, uma segunda reflexão comparativa. De fato, há significativa diferenciação no conjunto dessas proteções, caso se proceda a um contraponto entre os períodos histórico-jurídicos separados pela Constituição de 1988.

Efetivamente, a ordem justrabalhista sempre se caracterizou pela presença de mecanismos de proteções contra a ocorrência de discriminações no contrato de trabalho. Tais mecanismos, entretanto, tendem obviamente a se ampliar na medida em que se ampliam as franquias democráticas no conjunto da sociedade política e civil, projetando reflexos na relação de emprego. Nesse quadro, a Constituição de 1988 surgiu como o documento juspolítico mais significativo já elaborado na história do país acerca de mecanismos vedatórios a discriminações no contexto da relação de emprego. O marco constitucional de 1988 lançou, assim, um divisor nítido de fases nessa seara temática: de um lado, verifica-se o período anterior a 1988, com referências jurídicas relativamente tímidas e dispersas; de outro lado, desponta o período iniciado com a nova Constituição, que se distingue pelo surgimento de um largo e consistente *sistema* de proteções jurídicas contra discriminações empregatícias.

Digitalizado com CamScanner

3. Proteções antidiscriminatórias tradicionais

Os mecanismos tradicionais de proteção contra discriminações trabalhistas existentes no direito brasileiro caracterizavam-se por um grupo ainda não sistemático de dispositivos: havia preceitos inseridos no texto da CLT e alguns poucos dispositivos antidiscriminatórios incorporados nas cartas constitucionais anteriores a 1988. Ao lado dessas normas jurídicas, verificava-se, ainda, a existência de alguma referência normativa posicionada em diplomas legais externos à Consolidação e, eventualmente, até mesmo externos ao próprio Direito do Trabalho.

Nessa linha, previa a CLT que "a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, *sem distinção de sexo*" (art. 5º, grifos acrescidos). A singeleza da proteção celetista (vedação à discriminação exclusivamente em face do sexo) foi ampliada pela Constituição de 1946: "probição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de *idade, sexo, nacionalidade ou estado civil*" (art. 157, II, grifos acrescidos). Além da diferença sexual, também a idade, a nacionalidade ou o estado civil passaram a ser parâmetro para proteções antidiscriminatórias no direito do país.

As cartas constitucionais do período autoritário mais recente do país produziram algumas modificações neste padrão normativo anterior. O documento juspolítico de 1967, por exemplo, retirou do rol oriundo do texto de 1946 os parâmetros da *nacionalidade* e *idade*, acrescentando o parâmetro *cor* e a referência a *critérios de admissões* (art. 158, III, CF/67: "proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil"). A Carta de 1969 (EC n. 01/69, art. 165, III) manteve a alteração produzida dois anos antes, repetindo a mesma norma jurídica.

Algumas observações podem ser feitas a respeito dessa evolução jurídica. Em primeiro lugar, o parâmetro antidiscriminatório da *cor* (ou *raça*), incorporado pela Carta de 1967, na verdade, já se encontrava lançado pela Lei n. 1.390/51, que incluía, entre as contravenções penais, a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. De todo modo, desde 1967, esse parâmetro não mais deixou o texto constitucional, reproduzindo-se, inclusive, na atual Carta Magna (art. 7º, XXX). A Constituição de 1988, contudo, aprofundou a garantia jurídica, ao estabelecer que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (art. 5º, XLII). Na regulamentação desse último preceito constitucional, surgiu a Lei n. 7.716/89.

Em segundo lugar, o parâmetro antidiscriminatório da *idade* — lançado em 1946 e suprimido em 1967 — foi reincorporado pelo texto constitucional de 1988 (art. 7º, XXX, CF/88). A Constituição de 1988 foi mais explícita ainda nessa intenção antidiscriminatória, ao estipular que, dentre a proteção especial normativamente deferida aos menores, englobava-se a "garantia de direitos previdenciários e trabalhistas" (art. 227, § 3º, II, CF/88).

Em terceiro lugar, o parâmetro antidiscriminatório da *nacionalidade*. Lançado em 1946 e suprimido em 1967, o parâmetro retornaria ao texto magno de 1988. É bem

verdade que não foi mencionado no segmento constitucional especificamente dirigido à ordem justrabalhista (ver-se, a respeito, o silêncio do art. 7º, XXX). Contudo, a Carta de 1988 incorporou tal parâmetro antidiscriminatório no próprio corpo do preceito central de isonomia da Constituição. De fato, o art. 5º, *caput*, CF/88, estabelece, firmemente, que "*todos* são *iguais* perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se aos brasileiros *e aos estrangeiros residentes no País* a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, *à igualdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes..." (grifos acrescidos).

Finalmente, o parâmetro antidiscriminatório *sexo*, embora tradicionalmente repetido nos textos normativos mencionados, jamais foi considerado, pela cultura jurídica dominante, inviabilizador da forte discriminação tutelar que a CLT sempre deferiu às mulheres no contexto do Direito do Trabalho pátrio. Desse modo, apenas após a Constituição de 1988 é que se faria uma revisão nessa concepção jurídica tutelar.

O sistema celetista tradicional previa, ainda, outra medida de proteção contra discriminações. De fato, dispõe o art. 6º, CLT, que "não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego".

4. Novas proteções antidiscriminatórias pós-88

A Carta Constitucional de 1988 alargou, significativamente, as medidas proibitivas de práticas discriminatórias no país. Algumas delas foram elaboradas enfocando, diretamente, as situações envolventes à relação de emprego (por exemplo, as normas indicadas no art. 7º). Outras, embora não objetivando estritamente as figuras do empregado e do empregador, tiveram o condão, por sua generalidade, de abarcar também as situações próprias à relação empregatícia (ilustrativamente, normas constantes do art. 5º, CF/88).

Algumas dessas medidas antidiscriminatórias já tinham sido aventadas, de algum modo, por texto normativo anterior a 1988, conforme já percebido pela exposição acima. Contudo, a nova Constituição implementou-lhes alteração, alargamento e aprofundamento tão significativos que deu origem a um padrão jurídico qualitativamente novo em contraponto com o período anterior. Outras medidas antidiscriminatórias, porém, destacavam-se pelo completo pioneirismo se contrapostas ao universo normativo trabalhista do período jurídico precedente.

4.1. Discriminação contra a mulher

A primeira significativa modificação constitucional encontra-se no tocante à situação da mulher trabalhadora.

Não obstante os textos constitucionais anteriores vedassem discriminação em função de sexo, o fato é que a cultura jurídica prevalecente jamais considerou que

Digitalizado com CamScanner

semelhante dispositivo tivesse o condão de suprimir condutas tutelares discriminatórias contra a mulher no contexto do mercado de trabalho ou no próprio interior da relação de emprego.

A Constituição de 1988, entretanto, firmemente, eliminou do direito brasileiro qualquer prática discriminatória contra a mulher no contexto empregatício — ou que lhe pudesse restringir o mercado de trabalho — ainda que justificada a prática jurídica pelo fundamento da proteção e da tutela. Nesse quadro, revogou, inclusive, alguns dispositivos da velha CLT que, sob o aparentemente generoso manto tutelar, produziam efeito claramente discriminatório com relação à mulher obreira.

Nessa linha, dispôs a Constituição de 1988 (art. 5º, *caput* e inciso I) que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..." e que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". Enfatizando, ainda, sua intenção antidiscriminatória no que tange ao *sexo*, incorporou esse referencial ao conjunto de parâmetros antidiscriminatórios especificados por seu art. 7º, XXX.

Ao lado desse firme comando antidiscriminatório, estipulou a Constituição, em seu art. 7º, XX, a "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante *incentivos específicos*, nos termos da lei" (grifos acrescidos). Observe-se que, aqui, a Constituição permite uma prática diferenciada *desde que efetivamente dirigida a proteger (ou ampliar) o mercado de trabalho da mulher*. Nesse quadro, em vista de mais um fundamento constitucional, tornam-se inválidas normas jurídicas (ou medidas administrativas ou particulares) que importem em um direto ou indireto desestímulo à garantia ou abertura do mercado de trabalho da mulher.

A Lei n. 7.855/89, editada meses após a nova Carta, procurou adequar a CLT ao comando antidiscriminatório constitucional. Assim, revogou preceitos que autorizavam a interferência marital ou paterna no contrato empregatício da mulher adulta (antigo art. 446, CLT), revogando, ainda, parte expressiva do capítulo celetista que tratava da "proteção ao trabalho da mulher" (como dispositivos que exigiam atestados médicos especiais da mulher e lhe restringiam a prestação de certos tipos de trabalho: antigos arts. 374/375, 378 a 380 e 387, da CLT, por exemplo).

Mas, insista-se: tais preceitos celetistas já estavam revogados, em decorrência de frontal incompatibilidade com a Carta Constitucional emergente. *Isto significa que outros preceitos discriminatórios ignorados pela Lei n. 7.855/89 também não mais produzem efeitos, por estarem revogados, de modo tácito, mas inequivocamente, pelo texto constitucional citado*. É o que se passa, por exemplo, com o art. 383, da CLT, que exige um repouso mínimo de *uma a duas horas* para a obreira mulher, qualquer que seja a extensão de sua jornada de trabalho. Ora, tal preceito é grosseiramente discriminatório (e insensato), impondo à mulher uma disponibilidade temporal enorme (ao contrário do imposto ao homem) *mesmo em casos de curtas jornadas, abaixo de seis horas ao dia* (como previsto no art. 71, §1º, da CLT, que prevê, em tais casos, descanso de apenas 15 minutos).

É evidente que a Constituição não inviabiliza tratamento diferenciado à *mulher enquanto mãe*. A *maternidade* recebe normatização especial e privilegiada pela Carta de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem — *e mesmo à mulher que não esteja vivenciando a situação de gestação e recém-parto*. É o que resulta da leitura combinada de diversos dispositivos, como o art. 7º, XVIII (licença à gestante de 120 dias), art. 226 (preceito valorizador da família) e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável ao menor (contidos no art. 227, CF/88, por exemplo). De par com isso, *qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública* (e o período de gestação e recém-parto assim se caracteriza) *permite tratamento normativo diferenciado*, à luz de critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República (ilustrativamente, o art. 196 que firma ser a saúde "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos..."; ou o art. 197, que qualifica como de "relevância pública as ações e serviços de saúde..."; além de outros dispositivos, como arts. 194, 200, I e 7º, XXII, CF/88).

As posteriores Leis n. 9.029, de 13.4.1995, e n. 9.799, de 26.5.1999, vieram acentuar o combate à discriminação da mulher trabalhadora.

O primeiro desses diplomas proíbe a "adoção de *qualquer prática discriminatória e limitativa* para efeito de *acesso à relação de emprego*, ou *sua manutenção*, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade" (art. 1º, Lei n. 9.029/95, grifos acrescidos). Com respeito especificamente à mulher, considera, também, práticas discriminatórias a exigência de declarações, exames e medidas congêneres relativamente a esterilização ou estado de gravidez (art. 2º, Lei n. 9.029/95). Veda, ainda, a lei a indução ou instigamento ao controle de natalidade; porém, não considera como tal "o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde — SUS" (art. 2º, Lei n. 9.029/95).

A Lei n. 9.029/95 estabelece (art. 4º), sem prejuízo de penalidades administrativas mencionadas no art. 3º do diploma, que o *rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório*, nos moldes tipificados na lei, *faculta* ao empregado *optar* entre duas alternativas reparatórias: ou a reintegração (o texto legal usa o verbete *readmissão*) com "ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais", ou, ao revés, a "percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais" (art. 4º).

A Lei n. 9.799/99, por sua vez, torna expresso parâmetros antidiscriminatórios cujo conteúdo, de certo modo, já poderia ser inferido dos textos normativos preexistentes, em especial, da Carta Magna (ilustrativamente, a utilização de referências ou critérios fundados em sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez para fins de anúncios de empregos, de critérios de admissão, remuneração, promoção ou dispensa, para oferta de vagas de formação e aperfeiçoamento profissional e situações trabalhistas

Digitalizado com CamScanner

congêneres — art. 373-A, CLT, conforme inserção feita pela Lei n. 9.799/99). Não obstante, a ênfase feita a tais parâmetros antidiscriminatórios torna inquestionável, hoje, a matriz jurídica isonômica ressaltada há mais de dez anos pela Constituição Republicana democrática.

4.2. Discriminação contra o menor

Outra importante modificação constitucional encontra-se no tocante à situação jurídica do menor trabalhador — embora, aqui, o avanço constitucional, *em 5.10.1988*, não tenha sido tão profundo como desejável (em contraponto aos padrões internacionais defendidos pela OIT, por exemplo).

Como já visto, o parâmetro antidiscriminatório *idade* foi lançado pela Carta de 1946 e suprimido pelas constituições do regime militar. A Constituição de 1988 corrigiu a distorção, inserindo, novamente, esse padrão no corpo da Carta Política do país (art. 5º, *caput* e art. 7º, XXX, CF/88). E o fez reportando-se não somente à *diferença de salários* (como referido pela Carta de 1946), mas, também, ao *exercício de funções* e de *critério de admissão* (art. 7º, XXX). A Constituição de 1988, porém, foi mais explícita ainda em sua intenção antidiscriminatória, ao estipular que, dentre a proteção especial normativamente deferida aos menores, englobava-se a "*garantia de direitos previdenciários e trabalhistas,*" além da "*garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola*" (art. 227, § 3º, II e III, CF/88).

A mesma Constituição, porém, admite um tratamento jurídico diferenciado ao menor submetido a *contrato de aprendizagem* (art. 7º, XXXIII; art. 227, § 3º, I, CF/88).

De todo modo, o vigor e a amplitude do comando constitucional evidenciam que não mais prevalecem, na ordem jurídica do país, dispositivos que autorizem contratação de menores que seja restritiva de direitos trabalhistas (*excetuada, como observado, a situação do menor aprendiz*). Nessa linha, não obstante a elevada controvérsia doutrinária e jurisprudencial ainda existente a respeito, parece claro que perderam validade, por revogação, figuras como a prevista no Decreto-lei n. 2.318/86 (o chamado *menor assistido*). À luz desse diploma, o trabalhador menor assistido poderia ser *encaminhado a empresas pela respectiva entidade de assistência social*, para laborar em jornada diária máxima de quatro horas, sem caracterização do vínculo empregatício e incidência dos direitos trabalhistas clássicos.

O debate enfrentado nesse tema diz respeito, na verdade, às distintas orientações que existem no que concerne ao enfrentamento do problema do menor carente. Trabalho *versus* escola parece ser um dilema proposto, inevitavelmente, neste debate. Os padrões internacionais vigorantes indicam que o trabalho precoce consolida e reproduz a miséria, *inviabilizando que o menor suplante suas deficiências estruturais através do estudo*. Por isso é que a Organização Internacional do Trabalho recomenda a proibição de qualquer trabalho anteriormente à idade de *quinze anos* (Convenção 138 da OIT,

ainda não ratificada pelo Brasil). Embora o texto original da Constituição de 1988 não tenha avançado, satisfatoriamente, nesse tema (uma vez que colocava *14 anos* como a idade mínima para o trabalho, admitindo trabalho de aprendizagem até mesmo desde os *12 anos* — art. 7º, XXXIII), pelo menos inviabilizou a utilização do trabalho do menor de forma economicamente perversa, ao lhe garantir todos os direitos trabalhistas (salvo no caso da aprendizagem).

É bem verdade que a Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, veio ultrapassar essa timidez do texto magno primitivo, ao elevar para 16 anos a idade mínima para o trabalho (fixando em 14 anos o limite para o contrato de aprendizagem).

Não é incompatível, entretanto, com a Constituição uma *discriminação protetiva do menor*. Ao contrário, a Carta de 1988 *expressamente a determina*, ao vedar o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos (art. 7º, XXXIII) e ao se referir a uma *proteção especial* à criança e ao adolescente (art. 227, CF/88). Dessa maneira, preservam-se como válidas as normas da CLT que fixam restrições e especificidades no tocante ao trabalho realizado pelo menor de dezoito anos.

4.3. Discriminação contra o estrangeiro

Uma terceira significativa modificação constitucional diz respeito à situação do trabalhador estrangeiro.

O parâmetro antidiscriminatório da *nacionalidade*, como se sabe, foi lançado pela Carta de 1946 e suprimido pelos diplomas constitucionais do período militar. Esse parâmetro, contudo, retornaria ao texto magno em 1988. De fato, a atual Constituição da República estabeleceu, em seu art. 5º, *caput*, que "*todos* são *iguais* perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se aos brasileiros *e aos estrangeiros residentes no País* a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, *à igualdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes..." (grifos acrescidos).

Em face desse novo quadro constitucional, tem-se considerado que as diferenciações celetistas oriundas do início da década de 30 (por exemplo, a famosa "lei dos 2/3", incorporada depois pela CLT) já não podem subsistir no direito brasileiro. Nessa linha, o Capítulo II do Título III da CLT, tratando da "nacionalização do trabalho" estaria revogado (ou não recepcionado) naquilo que traduzisse discriminação ao trabalhador estrangeiro residente no Brasil.(1)

4.4. Discriminação contra o deficiente

Uma inovação constitucional de grande relevância encontra-se na situação jurídica do trabalhador deficiente. É que o art. 7º, XXXI, da Constituição estabelece a "proibição

(1) Nessa direção, Valentin Carrion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 236-243.

Digitalizado com CamScanner

de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do *trabalhador portador de deficiência*" (grifos acrescidos).

O preceito magno propiciou importantes avanços no que toca à proteção do trabalhador deficiente. A legislação previdenciária, por exemplo, agregou importante restrição indireta à dispensa de empregados deficientes. Assim, estipulou que o obreiro submetido a processo de reabilitação profissional somente poderia ser dispensado mediante a correlata contratação de outro trabalhador em situação semelhante (art. 93, § 1º, Lei n. 8.213/91). Obviamente, que a regra só se aplica àqueles que já tenham, de fato, retornado ao trabalho, uma vez que os afastados por razões médicas não podem sofrer a ruptura contratual por vontade empresária (art. 471, CLT).

A jurisprudência tem desenvolvido reflexões significativas nesta área temática. Assim, já existem decisões (pioneiras, é bem verdade) que consideram discriminatórias e, via de consequência, inválidas dispensas de trabalhadores com doenças crônicas de suma gravidade, como câncer ou *AIDS*. É que a doença crônica de elevada gravidade torna o trabalhador um deficiente físico (ou mental) permanente, favorecido por uma proteção especial da ordem jurídica (art. 7º, XXXI, CF/88; art. 471, CLT).

4.5. Discriminação em função do tipo de trabalho

O art. 7º, XXXII, reelaborou antigo preceito antidiscriminatório existente na ordem jurídica: "proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos". A ideia básica aqui incorporada já estava expressa no velho texto celetista (o art. 3º, parágrafo único da CLT, falava que "não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição do trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual") e no anterior texto constitucional (art. 165, XVII, CF/69). Contudo, a Carta de 1988 fez combinar o tradicional preceito a um novo relevante dispositivo, enunciador do direito a "piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho" (art. 7º, V, CF/88). A partir dessa combinação, superou, definitivamente, antiga polêmica acerca da validade (ou não) do estabelecimento de pisos salariais em face de uma certa categoria profissional por preceito normativo convencional ou judicial.

É interessante perceber que os dois dispositivos combinados (art. 7º, VI e XXXII, CF/88) têm dado suporte a uma interpretação isonômica contemporânea de grande impacto social, já que abrangente de uma crescente situação laboral criada no mercado de trabalho: a situação de terceirização. Há interpretações no sentido de que a contratação terceirizada de trabalhadores não pode, juridicamente, propiciar tratamento discriminatório entre o trabalhador terceirizado e o trabalhador exercente de função equivalente na empresa tomadora de serviços. Pelo parâmetro constitucional seria devido, em tais situações, o chamado *salário equitativo*, hábil a assegurar a equivalência isonômica entre os respectivos profissionais.[2]

(2) A respeito do *salário equitativo*, consultar o Capítulo XVIII, item 4 (Proteções contra discriminação salarial em situações de terceirização) da obra *Salário — teoria e prática*, já citada.

4.6. Isonomia com respeito ao trabalhador avulso

A Constituição de 1988, finalmente, alçou a estatuto magno preceito que estipula a "igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso" (art. 7º, XXXIV).

Uma situação curiosa foi vivenciada por esse dispositivo. No instante histórico-jurídico de seu ingresso na ordem constitucional (1988), ele não produziu qualquer efeito relevante, uma vez que os trabalhadores avulsos já haviam alcançado, há décadas, uma abrangente equiparação jurídica com os trabalhadores empregatícios.

Entretanto, a Lei n. 8.630/93 revogou, expressamente, inúmeros dos diplomas e preceitos assecuratórios de tais direitos empregatícios (arts. 75 e 76 da Lei n. 8.630/93), remetendo a instrumentos normativos negociados (contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho) as regras laborais concernentes a tais obreiros (arts. 22 e 29, Lei do Trabalho Portuário).

Ora, na ausência de tais instrumentos, evidentemente que o dispositivo constitucional examinado incidirá sobre as situações jurídicas concretas, provocando a extensão dos direitos laborais dos empregados aos trabalhadores avulsos, com as adequações cabíveis em face da especificidade da estrutura e dinâmica da relação de trabalho avulso. Em consequência, a norma constitucional que não produzira efeitos reais antes, por já estar sendo cumprida mediante a anterior legislação infraconstitucional, passou, posteriormente, a ter real possibilidade de provocar efeitos concretos no âmbito das contratações avulsas de trabalho.

Digitalizado com CamScanner

Esperando o Legisla(Deus) — Por que o Portador do Vírus HIV e o Aidético necessitam de Proteção Trabalhista Especial

LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT

Declarem o estado de peste. Fechem a cidade.
(Albert Camus. *A peste.*)

O gelo transparente em voos sem mais via!
(Stéphane Mallarmé. *Poemas.*)

1. Introdução

Doenças sempre *serviram* para práticas discriminatórias. Algumas enfermidades, pela sua natureza, pela sua forma de exteriorização e de seu *desenvolvimento*, podiam e podem ser escondidas. Outras não. Quando, sem manifestação exterior, elas são *passíveis* de controle, o disfarce permitia e ainda permite ao doente uma *convivência* social *relativamente* normal. Na maioria das vezes, essa integração socioafetiva do doente depende muito do seu controle emocional e do apoio recebido dos familiares, dos amigos e da sociedade. De qualquer maneira, a compreensão, a tolerância e o amor são fundamentais, senão o ponto de partida, para que algumas dificuldades sejam vencidas.

A partir do momento em que, por uma ou outra razão, as doenças não podem mais ser escondidas, escondem-se os doentes. Afinal, a segregação é mais fácil e, na maioria das *vezes*, incomoda menos...

Foi assim que, no passado, proliferaram os hospícios, verdadeiros campos de concentração, onde os internos morriam, muitas *vezes* sem a menor assistência. Como indigentes, seus corpos eram, com frequência, doados para estudos de anatomia nas Faculdades de Medicina. *Apagavam-se*, no formal, as marcas de uma discriminação, que a sociedade insistia em não querer enxergar.

Com o passar dos anos, os manicômios foram praticamente fechados, restando algumas poucas clínicas particulares minimamente humanizadas, adotando-se em larga escala, além de novos métodos de tratamento, a terapia ocupacional, também denominada de *labor terapia*.

Fechados esses manicômios, suas pesadas portas de aço, de dor e de amargura foram abertas: em vez de grades, fortes soníferos e eletrochoques, os internos iniciaram sua caminhada em direção à cidadania, reconquistando a dignidade humana e acima de tudo, como dizia Baudelaire, o sagrado direito de ver as *nuvens*... as *maravilhosas nuvens*...

Não se deve esquecer que foi também segregando em guetos que Hitler discriminou e eliminou milhões de judeus.

Antônio Francisco Lisboa, gênio do barroco mineiro, durante certo período, chegou a trabalhar escondido por causa de doença degenerativa e foi discriminado até no apelido: aleijadinho.

2. A *AIDS* e o Direito do Trabalho

Cultora do belo, a sociedade, embora repleta de defeitos, é intolerante, principalmente com os desesperançados, isto é, com aqueles que um dia disse Cecília Meireles: *"já não moram em nada"*.

Frequentemente, tudo o que não está dentro de um preconcebido padrão contemporâneo de beleza sofre discriminação: assim se passa com a pessoa gorda, com a pessoa muito alta ou muito baixa, com o manco, com o surdo-mudo, com o cego, com tantas outras pessoas portadoras de deficiências ou de necessidades especiais.

De certa maneira, lutamos contra as rugas, contra a queda de cabelo e contra a velhice para morrermos mais esbeltos, como se o juízo final fosse um concurso de beleza.

Outro paradoxo da pós-modernidade que, esquecendo-se de nos preparar para a velhice e para a morte, transmite a falsa ideia de que a vida, isto é, os verdadeiros valores, estão no corpo, e não na alma.

Sabe-se que, quando se trata de doença incurável, a discriminação aumenta, e em grau exponencial quando se trata de doença contagiante.

O que dizer, então, da *AIDS*, doença do século, que tanto mata e ameaça continuar sendo uma das grandes causas de óbitos em nosso país e no mundo?

Ninguém desconhece que o portador do vírus HIV e o aidético, em geral, sofrem discriminação pelo indivíduo, pelo grupo, pela sociedade e pela empresa. Pensar o contrário é ignorar a realidade.

Não se pode esquecer que, no passado, os leprosos e os mutilados pelas máquinas da primeira revolução industrial foram também discriminados e jogados à própria sorte, por uma sociedade aparentemente liberal, porém intolerante, insensível e, acima de

Digitalizado com CamScanner

tudo, discriminadora. Será que o erro continua se repetindo, apesar dos avanços da medicina? Parece que sim. Basta que se olhe para o que está acontecendo no momento atual, sem que se queira medir antecipadamente as consequências futuras dos problemas jurídicos associados com a *AIDS*, que continuam a crescer como a própria epidemia.

De todas as discriminações talvez as de maior grau de dificuldade de superação sejam as que, como a *AIDS*, acarretam a perda do emprego: sem emprego, não há salário; sem salário não há como enfrentar-se com dignidade a doença. E o círculo vicioso não para aí.

Com o emprego em crise, obter novo posto de trabalho formal é tarefa praticamente impossível para quem é portador do vírus da *AIDS* ou aidético.

Será que o Direito do Trabalho, também em crise numa sociedade pós-industrial em crise generalizada, tem conseguido ou conseguirá dar uma resposta satisfatória a esta situação adversa pela qual o ser humano vem passando? O que dizer, então, dos avanços da medicina em torno desta doença sem o correspondente avanço jurídico?

Procuraremos responder a estas perguntas por etapas.

3. Uma herança sem ancestralidade

No período em que o trabalho do homem era regido pelo Direito Civil, as doenças e as mutilações eram causas dissolutivas ou suspensivas do contrato de locação de serviços: ou o contrato era rescindido, ou o trabalhador ficava sem receber a contraprestação necessária ao seu sustento (sem trabalho não havia salário), tudo de acordo com a vontade prevalente do locatário da mão de obra, parte mais forte na relação jurídica.

Com o surgimento do Direito do Trabalho, houve uma mudança de rota, deixando a enfermidade de constituir forma de descumprimento de obrigação.

A preocupação era a proteção do mais fraco.

Alteraram-se as posturas, mudaram-se os valores: este novo ramo do Direito buscou, acima de tudo, garantir o emprego e o salário. Na mesma proporção em que se restringia a necessidade da efetiva prestação de serviços para o pagamento do salário (adquirindo significativa expansão o conceito de salário social/previdenciário), as legislações evoluíam no sentido da continuidade da relação de emprego.

O instituto da suspensão do contrato de trabalho, com o alastramento das hipóteses de interrupção, ganhou relevo. Com isto, passou-se a admitir, cada vez mais, a percepção do salário, sem que o empregado trabalhasse.

O tempo atual, já se disse e se repete, é de retração do mercado de trabalho subordinado. Escasseiam-se os empregos; alastram-se as falsas cooperativas e outras formas de terceirização ilícita da mão de obra; dissemina-se a pejotização; aumentam as discriminações, dentre as quais ganham destaque as relacionadas com a *AIDS*, doença

que desde o seu surgimento está sem controle, o que torna mais difícil ainda a existência de um espaço no mercado de trabalho, por menor que seja, para os portadores do vírus HIV e para os aidéticos.

Parafraseando Camus, indaga-se: a solução seria, então, declarar-se o estado de peste e fechar a empresa para os portadores do vírus HIV e para os aidéticos?

Acreditamos que não.

A *AIDS* é uma herança sem ancestralidade — não se sabe a sua origem. Não há imunidade sobre ela. Toda a humanidade corre certo risco. O seu vírus está no sangue; está nas veias; está no amor.

A síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou *AIDS*) que, segundo Pedrotti, é "o conjunto de alterações provocadas pela perda de imunidade mediada por células, a partir da ação de um agente viral, provavelmente o HTLV 3 ou LAV e que se manifestam pelo aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o sarcoma de kaposí[1]", nem sempre acarreta a impossibilidade da prestação de serviços, por parte dos doentes, permitindo-lhes, sem risco para os companheiros de trabalho e para a sociedade, a ocupação de um posto de trabalho.

É óbvio que algumas atividades poderiam ser preservadas, não como áreas proibidas ou intocáveis, porém sujeitas a um maior cuidado médico-científico, no momento da contratação. Seria o caso, por exemplo, do cozinheiro de um colégio, de um restaurante ou de qualquer empresa, que fornece refeição para os seus empregados ou para terceiros; de um enfermeiro, de uma instrumentadora cirúrgica, de um padeiro, e tantas outras atividades.

Contudo, mesmo que algumas atividades possam, em princípio e apenas por cautela, ficar sem acesso ao doente, o que não se pode negar é que existe uma gama enorme de atividades, cujo exercício é plenamente compatível com os infectados e os aidéticos.

Nesta perspectiva, o desemprego pode deixar de ser para essas pessoas a terra do exílio. A partir do momento em que se conseguir diminuir o preconceito em torno da doença, na admissão — já que é dificílimo provar a discriminação — e quando forem instituídas normas atribuindo garantia de emprego aos infectados com o HIV/*AIDS*, estar-se-á começando a lançar em evidência o verdadeiro propósito de tratar com gravidade assunto tão grave quanto o trabalho para os infectados e os aidéticos.

É importante lembrar que a *AIDS* pode ser contraída sem que a ela se associe a prática de qualquer ato inerente aos denominados grupos de risco. A lei da probabilidade não estabelece nenhuma imunidade a quem quer que seja: o forte ou o fraco; o rico ou o pobre; o branco ou o preto; o homem ou a mulher; o jovem ou o adulto.

(1) PEDROTTI, Irineu Antônio. Da Aids e do Direito. In: *Revista dos Tribunais*, ano 1982, abr. 1993, v. 690, p. 295.

Digitalizado com CamScanner

Assim, pouco importa a forma pela qual a doença foi contraída. Esta é, aliás, a primeira premissa desarticuladora da discriminação, mesmo porque, até pouco tempo, havia um grupo de risco maior, os homossexuais, sobre os quais sempre recaiu forte discriminação.

Ora bem, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira ensina que o verbo discriminar, do latim *discriminare*, tem o significado de "diferençar, distinguir, discernir, estabelecer diferenças", ao passo que o vocábulo preconceito vem do latim *praeconcetu* e tem o sentido de conceito ou opinião formados antecipadamente, sem se levar em conta o fato que os conteste, e de intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc.(2)

Em geral, a discriminação pode não ser hoje tão ostensiva quanto no passado: os índios e os negros foram açoitados na sua dignidade por séculos e séculos e só recentemente isso foi abertamente admitido pelas elites.

O preconceito em torno da *AIDS*, na maioria das vezes assentado na falta de informações médicas seguras sobre a doença, leva a discriminação ao mais alto grau de intolerância individual e coletiva, conduzindo o aidético a uma situação de desprezo, desrespeito e desespero incompatível com o direito à vida, conforme previsto no art. 5º, inciso LXI, da Constituição da República.

E o pior é que tudo, na esmagadora maioria das vezes, se passa de maneira silenciosa, oculta, rasteira e sorrateira. Embora o açoite físico tenha sido abolido, a linguagem social moderna continua a mesma: a semântica não sofreu aliteração e o homem discrimina calado, em profundo silêncio, sem voz; discrimina no olhar, no gesto, na ação e na omissão; discrimina, em suma, no desprezo completo ao seu semelhante. Quando se está diante de doença grave, como a *AIDS*, há pouquíssima solidariedade e quase nenhuma compaixão.

Na esfera trabalhista, como já salientado, não existe norma jurídica que de maneira expressa garanta a estabilidade ao soropositivo ou a pessoa que já desenvolveu a doença.

Observa Márcio Túlio Viana, em estudo em torno da Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe discriminações para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, que o legislador já deixara "de fora outras hipóteses, previstas expressamente na Constituição, como as práticas discriminatórias decorrentes de deficiência (art. 7º, inciso XXXI)".(3)

Destaca, ainda, Viana que a Lei n. 9.029 aumenta a eficácia da norma constitucional básica a respeito da igualdade, nas hipóteses em que especifica — posto que as criminaliza,

(2) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., 31. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

(3) VIANA, Márcio Túlio. Proteção contra atos discriminatórios. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 97.

além de prever casos de responsabilidade pré-contratual e contratual. E acentua: "não se pode, naturalmente, aplicá-las às hipóteses não previstas, pois o direito penal não admite analogia".(4)

Por razão desconhecida, a verdade é que, no imaginário vértice da legislação trabalhista, a *AIDS* continua despotencializada — a Lei n. 9.029/95 não lhe faz qualquer referência, o Projeto de Lei n. 41 dorme o sono dos mortos.

A discriminação no acesso ao emprego ou a estabilidade ao portador do vírus HIV e ao doente de *AIDS* não foi objeto de tratamento na Lei n. 9.029/95, ou em qualquer outra lei, apesar da existência de intensas e numerosas práticas discriminatórias decorrentes da deficiência oriunda desta doença.

Isso não significa que os juízes não estejam buscando uma solução equânime para esta questão atual e tormentosa. A jurisprudência, como fonte formal de direito, vem, de algum tempo para cá, fornecendo subsídios preciosos para o intérprete.

Na primeira instância, onde nascem os debates acerca das controvérsias individuais entre o trabalhador e o tomador de serviços e onde o juiz fica frente a frente com as partes envolvidas no litígio, as suas decisões são, em temas polêmicos, marcadas pelo pioneirismo.

São vários os casos de sentenças proferidas pelas Varas do Trabalho, determinando a reintegração imediata de empregado infectado pelo vírus da *AIDS* e de empregado aidético, independentemente da ocorrência de trânsito em julgado, por entender-se que a dispensa sem justa causa constitui ato discriminatório.

No âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, uma das primeiras decisões neste sentido foi prolatada em ação movida por empregado em face de empresa de transporte interestadual, e que tramitou na então 11ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte. Contra a ordem de reintegração antes da coisa julgada, a empresa impetrou, com sucesso, mandado de segurança, suspenso o retorno do empregado até a solução final do processo.(5)

Também perante a Segunda Instância Trabalhista já se encontravam vários julgados, coibindo a prática discriminatória contra o aidético, merecendo destaque os seguintes arestos:

> Discriminação — Toda discriminação é sempre odiosa, tanto que o art. 5º, da Constituição Federal de 1988 a proíbe. A saúde, também por força constitucional, é direito de todos. Assim, a dispensa imotivada do aidético, que em pouco mais de quatro meses implementaria o prazo de garantia de emprego, objeto de norma negociada, constitui triste exemplo de discriminação. A despedida implicaria, em última análise, na sua própria morte. A reintegração, *in casu*, podia ser feita por meio de cautelar inominada (TRT 3ª Reg. – MS n. 76/93 – Rel. Juiz Dárcio Guimarães de Andrade).

(4) *Idem*.

(5) TRT da 3ª Região, Mandado de Segurança n. 282/94.

Digitalizado com CamScanner

Servidor público — Aplicação da Lei n. 7.670/80 — Reintegração — Aidético — Dispensa antissocial ou arbitrária obstativa ao seguro-doença discriminatória — Nulidade do ato patronal. O empregado portador do vírus AIDS não é beneficiário de estabilidade (Lei n. 7.670/88), por não ostentar a condição de servidor público. A reintegração, *in casu*, decorre do ato patronal eivado de nulidades, configurando-se a despedida antissocial ou arbitrária, obstativa ao seguro doença, além de discriminatória (inteligência e aplicação do art. 5º da CF/88, art. 5º da LICC, art. 476 da CLT e princípios protetores do Direito do Trabalho). (TRT – 3ª Reg. – RO n. 6.763/94 – Rel. Juiz Álfio Amaury dos Santos)

Portador de vírus HIV — Despedimento injusto — Presunção de discriminação — Reintegração — O despedimento injusto de empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, presume-se discriminatório e, como tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de consequência, sua reintegração (TRT – 3ª Reg. – RO n. 1.6691/94 – Rel. Juiz Levi Fernandes Pinto).

Na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho encontram-se acórdãos no mesmo sentido, conforme se vê da ementa abaixo transcrita, da lavra do Ministro Valdir Righetto:

Reintegração — Empregado portador do vírus da AIDS — Caracterização de despedida arbitrária. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a eles submetidos. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil (TST – n. RR 21.7791/95.3 – Ac. 2ª T. – 3.473/97, 14.5.97 – Rel. Min. Valdir Righetto).

Em determinado trecho de seu voto, assim se expressou o Ministro Relator:

> Impossível se faz compreender que, nos dias de hoje, uma Empresa multinacional, de tamanho porte, venha a praticar atos desumanos, arbitrários e que ferem de morte a vida daquele que, com a venda da sua força de trabalho, contribuiu durante o tempo em que saudável esteve, para que a ilustre empregadora atingisse o seu fim primordial, qual seja, o lucro.
>
> A simples e mera alegação de que não há preceito legal que garanta o direito do aidético de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e que vulnera de maneira categórica o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

4. A *AIDS* e o Projeto de Lei n. 41-A, de 1999

Transcorridos anos e anos, a legislação não obteve grandes avanços, estagnado que se encontra o Projeto de Lei n. 41/99 desde 13.3.2003.

No contexto histórico de omissão legislativa, surgiu, em boa hora, o Projeto de Lei n. 41, de 1999, do Deputado Paulo Rocha, que reapresentou o projeto da Deputada

Marta Suplicy, dispondo sobre os direitos básicos dos portadores do vírus da AIDS e dando outras providências.

Apesar de já distante no tempo, a proposição legislativa ainda possui relevo social intenso.

De lá para cá, houve avanços significativos no controle da doença, de modo que o aidético, isto é, aquele que já desenvolveu a doença, mais do que o portador do vírus HIV, ganharam uma esperança maior de uma vida normal.

Logo, é de suma importância que o Direito do Trabalho acompanhe esse avanço, fornecendo ao operador do Direito normas claras sobre a questão social tão relevante.

Bom exemplo é o Projeto n. 41/99, que, infelizmente, encontra-se esquecido nos arquivos dos computadores do Congresso Nacional.

Com efeito, vejamos o que ele prevê:

> Estabelece o art. 1º, daquele projeto, que os indivíduos infectados pelo vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) e os doentes de *AIDS* têm, entre outros, os seguintes direitos básicos: tratamento adequado; educação e aconselhamento; não ser retirado de seu ambiente social original; não ser discriminado, na habitação, no transporte, na educação e na prestação de serviços, públicos ou privados, de qualquer natureza; confidencialidade das informações sobre a sua situação.

Os arts. 2º *usque* 5º versam sobre o atendimento, diagnóstico e tratamento do portador e do doente do vírus HIV/*AIDS* e do doente de *AIDS*, independente de prévia filiação ao Sistema Previdenciário, garantida a confidencialidade, exceto quanto aos parceiros sexuais, ao cônjuge, aos pais de menores e aos profissionais de saúde envolvidos diretamente com a prestação de assistência ao doente.

Assim, ao dispor o projeto, em seu art. 1º, inciso IV, que os indivíduos infectados pelo vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) e os doentes de *AIDS* têm, entre outros, o direito básico de não serem discriminados na prestação de serviços, no meu modo de ver, a intenção é a de instituir norma protetora do emprego para essas pessoas.

A criação de norma específica sobre o tema — direito de não discriminação na prestação de serviços — quando pouco inverte a presunção, que antes era favorável ao empregador.

Explico: se, em face do nosso ordenamento jurídico em vigor, a dispensa sem justa causa do empregado portador do vírus HIV ou aidético, para alguns, gera atualmente a presunção de que o empregador está pura e simplesmente exercendo o seu direito potestativo de resilição contratual, a partir do momento em que o projeto se transformar em lei, esta presunção se inverterá. A despedida, ainda que sem justa causa, criará

Digitalizado com CamScanner

presunção de que o portador do vírus ou o aidético estarão sofrendo discriminação na prestação de serviços.(6)

Embora essa questão seja extremamente polêmica, uma maneira de minorar a falta de proteção é adoção da presunção em favor do empregado, pouco importando a existência ou não de norma específica para o aidético e para o portador do vírus HIV. Acredito que a jurisprudência, descortinando o horizonte legislativo constitucional, tem o poder-dever de fazer justiça no caso concreto. Em alguns julgamentos perante o TRT – 3ª Região, manifestei essa posição, consoante se verifica das ementas transcritas.

> EMENTA: ACIDENTE BIOLÓGICO — AGULHA UTILIZADA EM PACIENTE PORTADOR DO VÍRUS DA *AIDS* — PERFURAÇÃO DO DEDO DA EMPREGADA — ESTABILIDADE PROVISÓRIA CONVERTIDA EM INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. O reconhecimento da estabilidade provisória, decorrente do acidente de trabalho ou de doença profissional, em princípio, exige a conjugação de dois requisitos: o afastamento do serviço por prazo superior a quinze dias; a percepção do auxílio-doença acidentário. Entretanto, não se pode valorizar a frieza da letra da lei em detrimento do espírito do legislador, que pretendeu proteger a saúde da trabalhadora e evitar sua dispensa arbitrária ou sem justa causa, conforme art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, de cujo texto se deve extrair o máximo de efetividade, em contraste com a legislação ordinária, sem que essa possa obnubilar a efetividade daquela, denominada de Carta Magna, porque enverga os princípios, os objetivos, os fundamentos, os institutos e as normas do Estado democrático de direito. A jurisprudência avançou e se sedimentou sobre a desnecessidade de haver o recebimento do auxílio-doença acidentário, para que seja reconhecida a estabilidade do art. 118 da Lei n. 8.213/91, nos casos de doença profissional, consoante a Súmula n. 378, item I/TST. Existe fundamento jurídico, lógica, equidade e justiça nesse posicionamento pretoriano. No caso em exame, inconteste que a Reclamante sofreu acidente biológico, ao se perfurar com uma agulha utilizada em paciente portador do vírus HIV. Assim, ainda que ela não tenha usufruído o auxílio-doença acidentário ou comum, avulta o direito à estabilidade provisória, na medida em que uma exegese sistemática e teleológica do art. 118 da Lei n. 8.213/91, permite, sem muita controvérsia, concluir que à empregada, vítima de acidente biológico, se deve preservar o emprego, tendo em vista a especificidade da situação vivenciada, não parecendo justo que a empresa mantenha íntegro o seu direito potestativo de dispensá-la, ao menos durante o período de acompanhamento clínico-laboratorial acerca de eventual contaminação. A lei é que precisa ser interpretada de acordo com as diversas situações fáticas e não a realidade que deva se acomodar à lei. Se a reintegração for desaconselhável, deve ser convertida em indenização substitutiva (TRT/RO n. 00114/2009).

> EMENTA: PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA — HIPÓTESES IMPLICITAMENTE ESCRITAS NO ART. 7º, INCISO I, E EM OUTROS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ASSIM COMO NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA — PORTADORA DO VÍRUS HIV — A FACE OCULTA DA CONSTITUIÇÃO E O INTÉRPRETE — DISCRIMINAÇÃO E ABUSO DE DIREITO — O juiz deve caminhar dentro e fora da norma jurídica, isto é, em seu interior e em seu exterior, sem ultrapassar as barreiras do ordenamento jurídico fundamental, porque o tempo e a realidade social modelam e remodelam; desenham e redesenham a dimensão institucional de determinado direito. Essa afirmativa, talvez um pouco ousada, pode soar mal aos ouvidos de muitas pessoas, afeitas ou não ao Direito. Por isso uma breve explicação: quase nunca a norma jurídica diz tudo o que deveria dizer. Nem poderia, uma vez que, além da névoa que encobre certos aspectos da vida social por vir, quanto mais casuística ela for, tanto maior a possibilidade de injustiças. O Direito possui um fim belíssimo em favor do qual devemos lutar: a realização da Justiça. Mais do que um artista, o jurista pode talhar, sem retalhos, a solução — mãos justas e equânimes para determinada controvérsia. Todavia, sem os fatos, sem a realidade, o Direito não tem vida; sua soma é nula, seu fim são fragmentos sem colagem. Nunca, como na atual quadra da história, os juízes do trabalho tiveram tanta responsabilidade socioeconômica. Nunca as decisões do Judiciário tiveram tamanha importância individual e coletiva, assim como tanta repercussão. Nunca os magistrados foram tão fiscalizados, tão cobrados em produção e qualidade. Julgar é um ato solitário, que requer ciência e consciência social. Recolhido em seu âmago, em seu interior, em seu íntimo, em seu debate unilateral, em seu monólogo inquietante, em seu ventríloquo diálogo, o juiz não pode desprezar o mundo que o cerca — estar em si e fora de si, para realizar a justiça em quem e para quem a pede. No momento do julgamento, o seu pensar tem de estar povoado pela realidade social, da qual é parte, agente e ator. Drummond, num misto de lamento e de regozijo, acenou, em célebre poema, que: "tenho apenas duas mãos e o sentimento do mundo". Os juízes igualmente. Têm eles o ordenamento jurídico e o sentimento do mundo. Essa a matéria bruta com a qual lidam no seu dia a dia, para o desempenho de sua árdua tarefa de julgar. Os seus julgamentos, as suas decisões, as suas sentenças são o reflexo do seu sentimento, da sua compreensão do Direito e do mundo em que vivem, trabalham, estudam, amam e desamam, se divertem, se alegram, se entristecem, riem e choram. Lapidar o Direito e os fatos é a sua tarefa maior e mais nobre. Se os juízes não puderem estar mais além do seu tempo, que pelo menos estejam no seu tempo; nunca aquém. Para julgar exigem-se os fatos, o conhecimento profundo da Ciência do Direito e a sensibilidade, isto é, o dom de estar no lugar do outro e perceber que a sua virtude, ser justo, dando a cada um o que é seu, se realiza fora de si. O juiz não perde nem ganha nenhuma demanda. Sente-se completamente realizado quando decide corretamente, com justiça. O mundo transforma-se cada vez mais rapidamente. As leis muito lentamente. Quem aviva e atualiza o Direito, são os intérpretes. Ler é reler. É apreender o sentido de cada palavra, de cada frase e do conjunto. Ler é, portanto e acima de tudo, interpretar, compreender e atribuir um sentido social e atual ao que foi dito pelo legislador, visando ao bem comum. A essência, vale dizer, o espírito da lei é também, de certa forma, a nossa essência, o nosso espírito, a nossa alma. Da mesma maneira que não existe vida sem luz, não existe linguagem sem metáfora, sem um dizer para além das palavras. Costumo afirmar que, em toda norma jurídica, faltam ou sobram palavras. Tudo depende mais do intérprete, do que do próprio texto, que sempre possui um contexto, um transtexto, um metatexto. Em suma, toda norma jurídica é, de certa forma, uma cópia de quem a cria: ela se esconde nela própria; possui um lado muito visível, muito claro, mas possui também um lado oculto, obscuro, aguardando para ser descoberto no momento exato; ser analisado, interpretado, compreendido e ser aplicado aos casos novos. Em certas situações pode ocorrer deficiência na interpretação; nunca na norma jurídica. Os conceitos de discriminação e preconceito podem ser extraídos de seus próprios significados. O verbo discriminar, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, que vem do latim *discriminare*, tem o significado de "diferençar, distinguir, discernir, estabelecer diferenças", ao passo que o vocábulo preconceito vem do latim *praeconcetu* e tem o sentido de conceito ou opinião formados antecipadamente, sem se levar em conta o fato que os conteste, e de intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed., 31. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986). Por sua vez, abuso de direito é o desvio de sua finalidade, cujos contornos são sociais. Definitivamente, não pode a empregadora discriminar a empregada aidética, nem abusar do exercício de determinado direito, como o potestativo de resilição contratual, que também se sujeita às regras da razoabilidade e da ponderação. Com efeito, a proteção à empregada portadora do vírus da *AIDS* está entranhada na CF, nas leis ordinárias e nos princípios de Direito do Trabalho, caracterizando-se a despedida antissocial, discriminatória e arbitrária, quando a empregadora age desproporcionalmente, com o ímpeto de aniquilar o contrato de trabalho. Acaso não pode o juíz dar luz e efetividade

(6) *Prática frequente nas empresas sempre foi a dispensa do empregado aidético sem justa causa, com isto fugindo da acusação de discriminação, já que a rescisão contratual não estaria se dando com fundamento na doença, mas no exercício de direito potestativo.*

Digitalizado com CamScanner

à norma constitucional mais importante para a trabalhadora brasileira — garantia de emprego — enquanto por vinte anos se aguarda uma regulamentação? Hoje, mais do que nunca, quer-se atribuir à Constituição Federal o valor que ela desde sempre mereceu: holofote, intensíssimo facho de luz, direcionado a todo ordenamento jurídico, mas sobretudo à legislação inferior, de modo a iluminar e não a ser sombreada pelas leis a que dá vida, aquece e alimenta. A efetividade da Constituição Federal, composta de fundamentos, objetivos, princípios e regras, é, indubitavelmente, o passo mais firme que podemos dar em direção ao Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, à justiça social. O resto são penhascos de ouro e de silêncio. Muita promessa, pouca realização, num país de muita desigualdade, muitos pobres, desempregados e excluídos... Passados quase vinte anos de vigência da Constituição Federal, os cidadãos reclamam mais efetividade, menos debate acadêmico a respeito dela. Aliás, quem realmente precisa da efetividade dos direitos sociais está, normalmente, excluído dos debates científicos e da apreensão técnica de seu sentido, não obstante sejam aqueles que menos necessitam dos seus resultados práticos as pessoas encarregadas da sua interpretação, assim como de sua aplicação. Durante anos, as discussões giraram em torno das funções dos princípios, assim como da efetividade das normas constitucionais. Esgotado esse debate, talvez outras controvérsias surjam e a concretude da Constituição, talvez, continue relegada para segundo plano. O cidadão comum, a empregada e a desempregada brasileira, a pessoa pobre, a excluída, mas também a rica, a empresária, a incluída, digital ou não, todos, sem exceção, todos querem uma Constituição mais *prêt-à-porter*; menos alta costura. Enfim, menos plumas e paetês, menos brilhos e mais luzes, mais cortes e menos recortes, menos promessas e mais realizações. Sabe-se que os princípios jurídicos são, simultaneamente, chave para a abertura do ordenamento jurídico, e chave para o fechamento dos casos difíceis. Portanto, em certa medida, são também, paradoxalmente, fim. Há infinitos pela estrada da Constituição, sem prévia significação de que uma esteja certa e outra equivocada. Compreender o sentido teleológico da norma, interpretá-la e aplicá-la é uma luta diária, constante, interminável e difícil de ser vencida. Logo, se, no âmago do ordenamento jurídico, está a pessoa humana, núcleo de todos os núcleos, não me parece possível que possa prevalecer a dispensa, sem justa de causa, de empregada portadora do vírus HIV, apenas porque o direito de resilição é, em tese, livre, aberto, folgado, espaçoso. Para além das hipóteses de garantia de emprego expressamente previstas em lei, outras existem, reveladas pela realidade social, que foram implicitamente escritas pelo legislador e que precisam de cuidadoso desvelo, no caso concreto, para que a lei se ajuste à realidade e não a realidade à lei (TRT/RO 00119/2008).

EMENTA: ***AIDS*** — EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA — DISCRIMINAÇÃO — CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONVENÇÃO N. 111 DA OIT — PROVA INDICIÁRIA. REINTEGRAÇÃO O MAIS ALÉM DO TEXTO DA LEI: O DIREITO E A JUSTIÇA — O contrato individual de trabalho caracteriza-se como importante instrumento de inclusão social apto a amalgamar princípios e direitos fundamentais, de que são exemplos os incisos II, III e IV do art. 1º, o *caput* e incisos X e XLI do art. 5º, o art. 6º, o *caput* do art. 170 e 193, da Constituição Federal. O nosso ordenamento jurídico, salvo raríssimas exceções expressamente previstas, refuta a estabilidade no emprego, apesar da trilha apontada, desde 1988, pelo art. 7º, inciso I, da Constituição. Dessa forma, a empregadora enfeixa em suas mãos o poder de resilição contratual, por intermédio do qual pode dispensar o empregado sem justa causa, pagando-lhe os direitos inerentes à rescisão sem justa causa. Não lhe é, contudo, outorgado o direito de abusar deste poder, desviando-o de sua finalidade. Uma coisa é despedir o empregado sem justa causa; outra é preencher este vazio falta de justa causa com um motivo subjacente lastreado em ato discriminatório. O princípio da igualdade, talhado ao longo dos séculos pelo homem e para o homem, é um autêntico direito fundamental delineador da personalidade humana e dirige-se tanto em face do Estado, quanto do particular, que não podem pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas. Não se desnatura o princípio da igualdade pela circunstância de a conduta ser proveniente de empregadora, empresa privada, ou de empregador, pessoa física, eis que, neste aspecto, adquire as características de um direito social, exercitável pela

via da ação judicial, ainda que infiltrada no âmbito das relações privadas. A síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou ***AIDS***) que, segundo Pedrotti, é "o conjunto de alterações provocadas pela perda de imunidade mediada por células, a partir da ação de um agente viral, provavelmente o HTLV 3 ou LAVE e que se manifestam pelo aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o sarcoma de kaposi" (PEDROTTI, Irineu Antônio. Da ***AIDS*** e do Direito. In: *Revista dos Tribunais*, 1982, abr.1993, v. 690, p. 295), nem sempre acarreta a impossibilidade da prestação de serviços, por parte dos infectados, permitindo-lhes, sem risco para os companheiros de trabalho e para a sociedade, a ocupação de um posto de trabalho, que muito lhe será proveitoso para fins de integração social. Muito embora a empregadora não tenha manifestado expressamente que a dispensa tivesse por fundamento o fato de o empregado ser portador do vírus HIV, a prova indiciária apontou para a prática de ato discriminatório, não podendo o julgador esperar que em casos desta natureza a prova seja exuberante. A prova indiciária, que a cada dia ganha maior importância, compreende todo e qualquer rastro, vestígio ou circunstância relacionada com um fato devidamente comprovado, suscetível de levar, por inferência, ao conhecimento de outro fato até então obscuro. A inferência indiciária é um raciocínio lógico-formal, apoiado em operação mental, que, em elos, nos permite encontrar vínculo, semelhança, diferença, causalidade, sucessão ou coexistência entre os fatos que circundam a lide. Se a dispensa sem justa causa está oxigenada pela discriminação, o empregado tem direito à reintegração, com base no princípio constitucional da igualdade. Na sociedade moderna, por essência livre, democrática e pluralista, predomina a interpretação contextual, transtextual, metatextual e intertextual, que permite uma visão atual e completa da realidade, que inúmeras vezes não se acomoda bem em textos genéricos, abstratos e concisos de dispositivos legais. Norma-texto e norma-ambiente (Muller) hão de encontrar-se, a fim de permitir uma adaptação do conteúdo normativo à realidade social, em constante avanço para além do tempo em que foi instituída. Essa aglutinação, normativa-estrutural, permite a constante atualização do texto legal, conduzindo o intérprete por horizontes para os quais a realidade o conduz. Essa é uma atribuição transferida pelo legislador ao intérprete e exigida pela sociedade, que não podem ficar parados no tempo, enquanto os fatos sociais avançam numa velocidade jamais imaginada. A questão do portador do vírus HIV é um problema que precisa ser também enfrentado pelas empresas, que têm importantíssima função social. No plano interno, o estado brasileiro tem tradicionalmente tomado medidas efetivas de inclusão social do aidético, seja através de programas educativos, de distribuição de medicamentos ou até mesmo mediante a possibilidade de movimentação da conta vinculada do FGTS, conforme art. 20, inciso XIII, da Lei n. 8.036/90, regra esta desveladora da intenção do legislador quanto à manutenção do contrato de trabalho. No plano internacional, o Brasil ratificou a Convenção n. 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, e que tem como princípais preocupações a afirmação dos valores constantes da Declaração de Filadélfia, dentre os quais se inscrevem a igualdade de oportunidades, a dignidade e o progresso material, assim como a conscientização de que a discriminação constitui violação aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim, existe base jurídica para coibir-se a dispensa do empregado portador do vírus HIV, quando a distinção injustificada provoca a exclusão, que tem por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de preservação do emprego, a mais importante forma de subsistência do ser humano. O Direito possui um fim belíssimo em favor do qual devemos sempre lutar: a realização da Justiça. Drummond escreveu: "tenho apenas duas mãos e o sentimento do mundo". Os juízes igualmente. Têm eles o ordenamento jurídico e o sentimento do mundo. Esse o material bruto com o qual lidam no seu dia a dia, para o desempenho de sua árdua tarefa de julgar. Os seus julgamentos, as suas decisões, as suas sentenças são o reflexo do seu sentimento, da sua compreensão do Direito e do mundo em que vivem, trabalham, estudam, amam e desamam, se divertem, se alegram, se entristecem, riem e choram. Lapidar o Direito e os fatos são a sua tarefa maior e mais nobre. Se não puderem estar mais além do seu tempo, que pelo menos estejam no seu tempo (TRT/RO n. 00.864/2007).

Digitalizado com CamScanner

EMENTA: AIDS. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. DISCRIMINAÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONVENÇÃO N. 111 DA OIT. PROVA INDICIÁRIA. REINTEGRAÇÃO. O contrato individual de trabalho caracteriza-se como importante instrumento de inclusão social apto a amalgamar princípios e direitos fundamentais, de que são exemplos os incisos II, III e IV do art. 1º, o *caput* e incisos X e XLI do art. 5º, o art. 6º, o *caput* do art. 170 e 193, da Constituição Federal. O nosso ordenamento jurídico, salvo raríssimas exceções expressamente previstas, refuta a estabilidade no emprego, apesar da trilha apontada, desde 1988, pelo art. 7º, inciso I, da Constituição. Dessa forma, o empregador enfeixa em suas mãos o poder de resilição contratual, por intermédio do qual pode dispensar o empregado sem justa causa. Não lhe é, contudo, outorgado o direito de abusar deste poder, desviando-o de sua finalidade. Uma coisa é despedir o empregado sem justa causa; outra é preencher este vazio — falta de justa causa — com um motivo subjacente lastreado em ato discriminatório. O princípio da igualdade, talhado ao longo dos séculos pelo homem e para o homem, é um autêntico direito fundamental delineador da personalidade humana e dirige-se tanto em face do Estado, quanto do particular, que não podem pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas. Não se desnatura o princípio da igualdade pela circunstância de a conduta ser proveniente de empregador, empresa privada, eis que, neste aspecto, adquire as características de um direito social, exercitável pela via da ação judicial, ainda que infiltrada no âmbito das relações privadas. A síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou *AIDS*) que, segundo Pedrotti, é "o conjunto de alterações provocadas pela perda de imunidade mediada por células, a partir da ação de um agente viral, provavelmente o HTLV 3 ou LAVE e que se manifestam pelo aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o sarcoma de kaposi" (PEDROTTI, Irineu Antônio. Da *AIDS* e do Direito. In: *Revista dos Tribunais*, 1982, abr. 1993, v. 690, p. 295), nem sempre acarreta a impossibilidade da prestação de serviços, por parte dos infectados, permitindo-lhes, sem risco para os companheiros de trabalho e para a sociedade, a ocupação de um posto de trabalho. Muito embora o empregador não tenha manifestado expressamente que a dispensa tivesse por fundamento o fato de o empregado ser portador do vírus HIV, a prova indiciária apontou para a prática de ato discriminatório, não podendo o julgador esperar que em casos desta natureza a prova seja exuberante. A prova indiciária, que a cada dia ganha maior importância, compreende todo e qualquer rastro, vestígio ou circunstância relacionada com um fato devidamente comprovado, suscetível de levar, por inferência, ao conhecimento de outro fato até então obscuro. A inferência indiciária é um raciocínio lógico-formal, apoiado em operação mental, que, em elos, nos permite encontrar vínculo, semelhança, diferença, causalidade, sucessão ou coexistência entre os fatos que circundam a lide. Se a dispensa sem justa causa está oxigenada pela discriminação, o empregado tem direito à reintegração, com base no princípio constitucional da igualdade. Na sociedade moderna, por essência livre, democrática e pluralista, predomina a interpretação transtextual ou metatextual, que permitem uma visão atual e completa da realidade, que inúmeras vezes não se acomoda bem em textos genéricos, abstratos e concisos de dispositivos legais. A questão do aidético é um problema que precisa ser também enfrentado pelas empresas, que têm importantíssima função social. No plano interno, o estado brasileiro tem tradicionalmente tomado medidas efetivas de inclusão social do aidético, seja através de programas educativos, de distribuição de medicamentos ou até mesmo mediante a possibilidade de movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS, conforme art. 20, inciso XIII, da Lei n. 8.036/90, regra esta desveladora da intenção do legislador quanto à manutenção do contrato de trabalho. No plano internacional, o Brasil ratificou a Convenção n. 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, e que tem como principais preocupações a afirmação dos valores constantes da Declaração de Filadélfia, dentre os quais se inscrevem a igualdade de oportunidades, a dignidade e o progresso material, assim como a conscientização de que a discriminação constitui violação aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim, existe base jurídica para coibir-se a dispensa do empregado portador do vírus HIV, quando a distinção provoca a exclusão que tem por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de preservação do emprego. DANO MORAL — REQUISITOS — CONFIGURAÇÃO. Fere a honra e a dignidade do empregado, o despedimento discriminatório em doença, e que atenta contra os direitos e liberdades fundamentais, inviabilizando a continuação de uma vida digna e inclusiva. Ocorrência dos seguintes requisitos: a) ato ilícito; b) nexo causal; c) culpa; d) dano. Indenização que se arbitra, quantificando-a em valores, que visam a minoração do sofrimento da vítima e a coibição de outras práticas, levando-se em consideração a natureza do ato ilícito e a capacidade econômica da empresa (TRT – 3ª Reg. – RO n. 00.350/2004).

Embora mereça elogios, o Projeto de Lei passou ao largo de questões que podem gerar dúvidas.

A primeira delas prende-se ao reconhecimento da própria estabilidade/garantia de emprego, pois haverá sempre os que pensam que esse direito deveria ser previsto expressamente, com todas as letras, na lei.

No meu ponto de vista, como já frisei, a partir do momento em que o projeto for convertido em lei, os empregados infectados pelo vírus HIV e os empregados doentes de *AIDS* adquirirão o direito de permanecer no emprego independentemente da vontade do empregador, ressalvadas as hipóteses de justa causa, assim como a demissão, que é o ato por intermédio do qual o empregado, *sponte propria*, toma a iniciativa de resilição contratual.

A segunda questão polêmica refere-se à dúvida em torno da necessidade ou não de o empregado levar a doença ao conhecimento do empregador, para a obtenção da estabilidade. Pergunta-se: o fato gerador do direito será essencialmente objetivo, ou as partes envolvidas na relação de emprego, inclusive o empregado, precisarão ter conhecimento prévio da doença? Entendo que não há necessidade de o conhecimento, pelo empregador ou pelo empregado, ser apriorístico, isto é, antecedente à eventual dispensa sem justa causa O empregado que já tinha assegurado na Constituição Federal (art. 5º, inciso X) o direito à intimidade passaria a ter explicitado em sede infraconstitucional, art. 1º, inciso V, c/c o art. 5º do Projeto de Lei, norma trabalhista específica a respeito do caráter estritamente confidencial da doença. O fato gerador da proteção será objetivo, e não subjetivo[7], não nos parecendo, contudo, possa haver, no caso do aidético, previsão contrária em norma coletiva. Aqui, trata-se de doença, em si e por si só, carregada de potencial discriminatório, que o legislador visa a erradicar ou diminuir, sem que em sede de negociação coletiva possam os sindicatos instituir norma que restrinja o direito básico à saúde, à sobrevivência, enfim, à vida digna do trabalhador.

De qualquer maneira, à luz do projeto, quer me parecer, portanto, que, sendo o empregado portador do vírus HIV ou aidético, passará ele a ter direito à estabilidade, com reintegração e salários vencidos, em caso de ter ocorrido a rescisão contratual sem justa causa, por iniciativa do empregador.

(7) Sob a ótica trabalhista a matéria assemelha-se à mulher grávida, conforme se pode verificar da Orientação Jurisprudencial n. 88, da SDI, do Colendo TST: "Gestante. Estabilidade provisória. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade."

Digitalizado com CamScanner

Ainda de acordo com o projeto, o empregado passará a ter direito à confidencialidade da informação acerca da doença, conforme dispõem os arts. 1º, inciso V, 4º e 5º, salvo justa causa ou permissão expressa do doente.

Por outro lado, o projeto traz novidade quanto ao segredo de justiça.

Dispõe o art. 10 que:

> Correm em segredo todos os processos e procedimentos, judiciais ou administrativos, em que direta ou indiretamente, se discute matéria relacionada ao fato de alguém ser portador do vírus HIV/*AIDS*.

Visa-se, com essa norma, que a divulgação da notícia crie e alastre a discriminação em torno do doente.

Sabe-se que a publicidade dos processos judiciais e dos procedimentos administrativos constituem a regra e o seu afivelamento se dá em nível de garantia constitucional. Em regra, com a publicidade protegem-se o juiz, as partes e toda a sociedade, acimentando o Estado Democrático de Direito. A transparência permite maior controle e fiscalização pela sociedade. Quanto maior o controle social, menor a possibilidade de desvios.

Com a aprovação do projeto, que, infelizmente, parece distante, a expectativa é a de que aumentará o número de ações ajuizadas por aidéticos com pedido de estabilidade, uma vez que, além da garantia do sigilo por parte do empregador, o processo tramitará em segredo de justiça.

No caso, a medida justifica-se, sem violação à ordem constitucional, pois o sigilo é garantidor do exercício de outros direitos, dentre os quais o direito ao trabalho e à própria vida.

Ferindo incisivamente a questão relativa ao emprego, o art. 6º estatui que:

> O empregador e o fornecedor de produtos e serviços não podem exigir ou solicitar exame de AIDS do candidato a emprego ou do consumidor, salvo hipótese de interesse da saúde pública e de acordo com previsão em regulamentação do Ministério da Saúde.

Esta norma cessará a discussão tormentosa e, numa certa medida, diminuirá os tentáculos do projeto genoma: o empregador não poderá exigir ou solicitar exame de AIDS do candidato a emprego. E mais, no exame médico admissional, não se poderá, por qualquer outro método, investigar se o candidato ao emprego é soropositivo ou aidético.

Ficará, pois, instituída de maneira clara e objetiva a proteção à intimidade do candidato, ressalvada a hipótese de interesse da saúde pública, mas sempre de acordo com previsão expressa em regulamentação do Ministério da Saúde, que, ao expedir tais normas, não poderá, em hipótese nenhuma, fugir do espírito da lei. A proteção ao doente, que é o cerne do dispositivo, só pode ceder lugar à solicitação do exame quando o interesse coletivo o exigir. Seriam, dentre outros, os casos do candidato a emprego na linha de produção alimentícia, cujas atribuições exijam o contato físico do trabalhador

com o produto, ou ainda de candidato a emprego na enfermaria de escola maternal, de hospitais e postos de saúde; consultórios médicos e odontológicos, e tantos outros.

Com o intuito de atribuir maior efetividade ao seu *desideratum*, o legislador estabelece, no projeto, espécie de responsabilidade pré-contratual, ao prever, no parágrafo único, do art. 6º, a reparação de danos. Assim, o candidato ao emprego, do qual for exigido o exame de *AIDS*, terá direito a indenização por danos morais e/ou materiais, sujeito, ainda, o infrator às sanções penais e administrativas.

O art. 12 prevê a substituição processual, ao estatuir que qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, pode ingressar em juízo para proteger direitos dos portadores do vírus da *AIDS*, ou pleitear indenização por danos causados, inclusive morais, que será destinada ao fundo criado pela Lei n. 7.347/85.

Em sintonia com a moderna doutrina moderna das penas pecuniárias, o art. 14 prevê, independentemente de outras sanções, a multa civil de até R$ 200.000,00, atualizável pelo índice aplicável aos débitos fiscais, a ser fixado a critério do juiz, que levará em conta a situação econômica do réu.

No que tange às sanções de natureza penal, o projeto de lei, com inflexões na esfera trabalhista, tipifica como crime:

> — Discriminar portador do vírus HIV/*AIDS*, em especial no acesso ao local de trabalho, habitação, transporte, educação ou prestação de serviços públicos ou privados, de qualquer natureza;
>
> — Violar, sem justa causa, a confidencialidade de registro ou resultado de exame de AIDS;
>
> — Afirmar ou insinuar, em veículo de comunicação, sem sua autorização, ser alguém portador do vírus HIV/*AIDS*;
>
> — Veicular, com fins publicitários, a imagem de portador do vírus HIV/*AIDS*, sem sua expressa autorização.

Para todos esses crimes, a pena é a mesma: detenção, de seis meses a dois anos e multa, o que significa que o condenado terá, pelo menos em princípio, direito a *sursis*. Sendo a pena aplicada inferior a um ano, poderá ela ser convertida em prestação de serviços à comunidade, interdição de direitos ou limitação de finais de semana, conforme arts. 43, 44 e 77, do Código Penal. O sujeito ativo será a empregadora, pessoa física ou o representante legal da pessoa jurídica, não podendo recair a autoria do crime em preposto que esteja apenas cumprindo ordem superior.

5. Conclusão

Qualquer avanço na legislação, seja acerca da *AIDS*, como no caso do Projeto de Lei n. 41/99, ou de outro assunto que desafie regramento jurídico, deve nascer, ser objeto de ampla discussão, amadurecer e gerar frutos no meio social e para este se

Digitalizado com CamScanner

voltar, numa perspectiva de dupla realidade: uma, durante a sua gestação; outra, ao ser instituída, já que a lei, bem ou mal, elege um paradigma, na medida em que firma um ideal de conduta humana, que todos deverão respeitar.

Disse Schopenhauer que "o médico conhece todas as misérias físicas do homem; o jurista toda a sua maldade".

No caso específico da *AIDS*, os fatores jurídicos e médicos se entrelaçam, laçam e lançam entre as partes envolvidas nos fatores da produção e em toda a sociedade uma reflexão maior: é preciso humanizar esta doença insidiosa e fatal, hoje com maior controle médico, e o primeiro passo neste sentido talvez seja compreender de uma vez por todas que uma empresa, centro de imputação da relação de emprego, não é apenas um conjunto físico, composto de bens materiais e imateriais, que só tem um objetivo a ser alcançado a qualquer custo: o lucro.

A empresa é também uma construção espiritual que se alonga e se projeta nas duas dimensões do ser humano — a exterior e a interior.

Na sua dimensão exterior, é realmente necessário que a empresa seja lucrativa. Porém não é menos verdadeiro que os empregados devam ser remunerados condignamente, participando dos lucros e, quiçá, até da sua gestão, conjuntamente com o empresário.

No seu ímpeto em direção ao interior do quadro de pessoal, a empresa tem de alicerçar-se no respeito à dignidade, à saúde e à vida do empregado — ser humano — cuja boca espera por alimento (e remédio) haurido na força do seu trabalho honesto, ainda que se trate de pessoa infectada pelo vírus da *AIDS* ou de doente de *AIDS*, desde que capaz e apto para o trabalho.

Ao encerrar essa análise a projeto de lei de amplo alcance social, gostaria de salientar que toda norma jurídica pode ser lida e interpretada de várias maneiras. Não fosse isso, o direito teria de ser atualizado diariamente. Como disse Boff, "cada um lê com os olhos que tem. E interpreta a partir de onde os pés pisam. Todo ponto de vista é a vista de um ponto. Para entender como alguém lê, é necessário saber como são seus olhos e qual é sua visão do mundo"[8].

Não fiquemos, pois, esperando pelo legislador (Deus).

É hora de vencer a inércia legislativa, interpretando o ordenamento jurídico trabalhista com a Constituição Federal aberta sobre a mesa, nunca deixando de dar-lhe prevalência, buscando, outrossim, o máximo de efetividade às suas normas em prol da Justiça e da paz social.

Se a legislação ordinária não utiliza as palavras do nosso tempo, cabe ao intérprete, ontem, hoje e amanhã, sobrepor-lhe a Constituição, iluminando o que está na penumbra.

(8) BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha*. 26. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 9.

A Proteção Trabalhista contra os Atos Discriminatórios (Análise da Lei n. 9.029/95)

MÁRCIO TÚLIO VIANA E
RAQUEL BETTY DE CASTRO PIMENTA

1. Observações preliminares

A Constituição Federal nos diz que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (art. 5º). É a consagração formal da isonomia, um dos alicerces do regime democrático. A Lei n. 9.029/95 decorre diretamente daquele princípio. Ela proíbe discriminações "para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade".

A primeira observação a fazer é a de que *outras normas* existem, além da Lei n. 9.029/95, regulando a isonomia. A mais conhecida é a que manda pagar salário igual para trabalho igual (art. 461 da CLT).

Note-se, também, que esta lei não se limita a regular o que está *expresso*. Dá um passo à frente, disciplinando o que está *implícito*. É que a Constituição não cita a *situação familiar* e a *origem* como fatores discriminatórios. Em contrapartida, a lei deixa de fora outras hipóteses, como as práticas discriminatórias decorrentes de *deficiência* e da *natureza do trabalho*, previstas na Constituição (art. 7º, incs. XXXI e XXXII).

Onde a lei nada dispõe, a Constituição pode e deve ser aplicada diretamente. Assim é, por exemplo, que, se dois empregados, com o mesmo grau de culpa e iguais antecedentes, envolverem-se na prática de furto, não poderá o empregador despedir apenas um deles por justa causa. Se o fizer, a dispensa será tida como injusta.

Note-se, também, que a lei aumenta a eficácia da norma constitucional, nos casos que especifica, posto que os criminaliza. Mas não se pode aplicá-la às hipóteses não previstas (como a do exemplo), pois o Direito Penal não admite analogia.

Observe-se, por fim, que o legislador prevê casos de responsabilidade pré-contratual e contratual, tratando com o mesmo rigor aquele que *não contrata* e aquele que *resile o contrato*, sempre que um ou outro ato se revela discriminatório.

Digitalizado com CamScanner

2. Práticas discriminatórias proibidas

2.1. *O que diz a lei*

A lei proíbe:

> (...) a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (art. 1º).

A norma atua, como se vê, em dois momentos. Primeiro, no *pré-contrato,* quando o trabalhador está ainda procurando um emprego. Depois, na fase do *contrato,* quando já existe um vínculo jurídico entre as partes.

Nada diz a lei sobre o *pós-contrato,* talvez porque, aparentemente, já não haveria possibilidade de discriminação. Mas as aparências enganam: basta notar que o contrato pode continuar gerando efeitos que se estendem no tempo, como no caso de complementação de aposentadorias. Nestes casos, aplicáveis as normas constitucionais e legais que asseguram a isonomia e preveem a responsabilidade civil quanto aos danos causados.

2.2. *Quanto às admissões*

Somos livres para decidir *se, quando, como* e *quem* contratar. Mas é uma liberdade, digamos assim, *vigiada,* e em boa parte flexionada pelo legislador. Valendo-nos de uma imagem que Couture usou com outros propósitos[1], poderíamos talvez comparar o empregador a um prisioneiro no cárcere: pode dar alguns passos, e *nisso é livre,* mas as grades lhe impõem limites ao seu ir e vir.

Aliás, de certo modo, é o que acontece com todas as liberdades. São sempre relativas, na medida em que se interagem com outras liberdades, ou mais propriamente com as liberdades *dos outros.* O que varia não é a existência do cárcere, mas as suas dimensões e, algumas vezes, a grossura de suas barras.

Tratando-se do contrato de trabalho, a liberdade no *"se"* e no *"quando" é* a mais ampla de todas, mas ainda assim não chega a ser absoluta. O empregador é obrigado, por exemplo, a admitir um certo número de aprendizes, proporcional à sua massa de empregados. E não pode, regra geral, contratar substitutos para os grevistas (caso de restrição *negativa* à liberdade).

Já a liberdade no *"como"*, de todas, é a menor. Mesmo em tempos de acelerada flexibilização, a lei contém ainda, na expressão de La Cueva, um "contrato mínimo de trabalho". O empregador só pode se mover em *seu próprio desfavor,* isto é, criando condições melhores que as previstas em lei, sentença normativa ou convênio coletivo[2].

(1) O grande processualista uruguaio se referia ao juiz.

(2) Quando se trata de regras dispositivas, pode também agir de modo neutro, criando condições no mesmo patamar que as da lei como, por exemplo, uma forma totalmente original de calcular o salário.

Mas é a liberdade no "quem" contratar que nos interessa mais de perto. É dela que cuida a Lei n. 9.029/95. O empregador pode escolher entre João e Pedro, ainda que não explique os motivos, e mesmo que *não tenha* motivos[3]. Mas não pode preferir Pedro, por exemplo, em razão de sua cor.

À primeira vista, parece uma incoerência: quem pode o *mais* (agir até sem causa objetiva) não pode o *menos* (ser impelido por uma determinada causa). Como se explicaria isso?

Como nos ensina Savigny, nenhum direito tem um fim em si mesmo. Ele não termina ali, nas palavras da lei; de certo modo, escapa delas, em busca de seu destino. O direito sempre *quer* alguma coisa a mais do que o seu verbo diz. Tem uma alma, um espírito, um sentido que vai além dos desejos de seu titular.

Por isso, se alguém usa as palavras em desacordo com o seu destino, não está, na verdade, obedecendo à lei; está seguindo apenas uma *parte* dela, a sua parte *visível* que é também a menos importante, pois a rigor serve apenas de veículo para transportar a ideia. O uso se torna abuso, e o abuso fere tanto o direito quanto a sua violação literal.

E se assim é, pior ainda será quando o agente se valer da norma para fins não apenas *estranhos* a ela, mas *proibidos* por outra. Nesse caso, o abuso se torna até mais grave do que a violação literal, pois é como se alguém se utilizasse do próprio ordenamento jurídico para feri-lo.

É o que se dá com a discriminação. Se a lei dá ao empregador a faculdade de escolher entre João e Pedro, é em atenção ao princípio da propriedade privada, mas também em razão de seu fim social, tantas vezes declarado e tão poucas vezes cumprido. Se o empregador se vale daquela faculdade para dar vazão aos seus preconceitos, está não apenas traindo o destino *daquela* norma, mas ferindo a literalidade de *outra* norma, exatamente a que impede, em todos os níveis, a discriminação. Daí a necessidade (ou até, sob certo aspecto, a desnecessidade) do artigo em questão, que surge como uma terceira norma, fazendo uma espécie de silogismo: se todos são iguais perante a lei e se a liberdade de contratação tem o fim de atender às necessidades da empresa, quem escolhe A ou B com propósitos discriminatórios age ilicitamente.

Pergunta-se: quais seriam as consequências práticas dessa ilicitude?

Deixando de lado o aspecto criminal — que analisaremos em outro tópico —, responderíamos que o empregado pode ajuizar ação indenizatória para reparação de danos morais e (se for a hipótese) materiais. No primeiro caso, com base no fato da

Na hipótese de regras cogentes, não tem essa liberdade de "troca" — como na hipótese (ilícita) de dar um carro de milho a título de 13º salário, prática ainda comum em muitas fazendas mineiras.

(3) É claro que haverá sempre uma razão subjetiva para a escolha, ainda que o empregador não a perceba. Pode, por exemplo, "intuir" que Pedro será melhor que João, sem notar que teve aquela "intuição" porque Pedro se parece fisicamente com Paulo, um empregado "modelo". Mas o que queremos dizer é que, para o Direito, esse tipo de motivo é como se inexistisse.

Digitalizado com CamScanner

simples discriminação em si: trata-se, como se sabe, de ato ilícito, e é o que basta. No segundo caso, com fundamento na responsabilidade pré-contratual do empregador.

Se os danos são morais, o juiz decidirá, quase sempre, *por presunção* levando em conta as circunstâncias do caso, as pessoas envolvidas e, naturalmente, os valores da sociedade em que vivemos. Assim, detectada a discriminação, presume-se que houve danos de índole moral. Mas se os danos são materiais, é preciso que o autor os demonstre, concretamente, usando para isso todos os meios em direito permitidos.

2.2.1. O problema da competência

Se o empregador discrimina ao contratar, cabe ação de indenização por danos materiais e/ou morais. Mas pergunta-se: quem julgaria a causa? A Justiça Comum ou a do Trabalho?

Se o trabalhador *não é* admitido na empresa por ter sido discriminado, a relação de emprego não se forma; não há sequer uma relação de trabalho de outro tipo. No entanto, a empresa age *tendo em vista* um contrato de trabalho. E basta isso, a nosso ver, para atrair a competência trabalhista, nos termos do art. 114 da Constituição, com a redação dada pela EC n. 45/04. Se, como diz Catharino, o contrato já extinto às vezes expele "cinzas fumegantes", o contrato não realizado pode ter tido um começo de fogo... É essa a solução que vem ao encontro da tendência de ampliação progressiva da competência trabalhista, que por sua vez acompanha (e em parte explica) o alargamento da própria conceituação de empregado. De mais a mais, apesar de todas as suas falhas, é a Justiça do Trabalho a que melhor atende aos ideais de simplicidade, eficiência e presteza.

2.2.2. O problema da prova

A prova da discriminação pode ser difícil. Raramente o empregador ou seu preposto irá admiti-la e, como ninguém é obrigado a dizer *por qual razão* não contrata, bastará negar em silêncio.

INDÍCIOS

Ainda assim, ou por isso mesmo, a prova indiciária assume um peso maior. Em outras palavras, o juiz terá de valorizá-la bem mais do que nas situações comuns, sob pena de trair, por linhas tortas, o comando constitucional que garante o *acesso* à *justiça*.

Aliás, às vezes, o silêncio é ainda mais eloquente do que as palavras. É o que acontece, por exemplo, se a empresa anuncia cinco vagas e contrata as quatro primeiras candidatas que atendem aos requisitos exigidos, mas salta a quinta, que é casada.

Cabe ao reclamante, naturalmente, demonstrar os indícios. Isto se faz, na maioria das vezes, por meio do depoimento de testemunhas que presenciaram o tratamento discriminatório, mas nada impede o uso de outros meios probatórios. Como os indícios fazem presumir a prática do ato ilícito, têm o poder de inverter o ônus da prova. Terá o empregador, então, de apresentar uma justificativa qualquer para a sua recusa ou,

ADMISSÃO / DISPENSA → motivos
Cabe inversão ÔNUS PROVA

no mínimo, demonstrar que *não agiu* daquele modo com intenção discriminatória, demonstrando, por exemplo, que tem várias vendedoras casadas na mesma função. Mas a dúvida pesará contra ele, e não poderia ser de outro modo — já que é exatamente para decidir o impasse do juiz que a lei criou as regras do ônus da prova.

2.3. Quanto às dispensas

Para os que, como nós, entendem que a Convenção n. 158 da OIT continua aplicável e garante *efetivamente* o emprego, cabe sempre ao empregador provar que teve alguma razão *socialmente justificável* para despedir. Para os que pensam de outro modo, como faz a maioria, caberá ao empregado provar que foi discriminado.

Seja provando, seja contraprovando, o empregado, também aqui, poderá fazer uso de indícios, e o juiz deverá valorizá-los. A razão já citamos linhas atrás. Liga-se ao princípio do *acesso* à *justiça*, que não se reduz à simples possibilidade teórica de acionar alguém em juízo, mas se completa com a garantia de uma justiça efetiva ou, como já se disse, com o direito a uma "justiça justa".

Mas não é só. Aqui, incide também o princípio da *aptidão para a prova*, que transfere para o mais apto dos litigantes o encargo de convencer o juiz. É que o empregador, enquanto empresário, reúne à sua volta todo um aparato burocrático e, sobretudo, toda uma rede de poder, que o armam, antecipadamente, para eventuais acusações de seus empregados. De resto, é ele quem cria o risco do negócio e, por extensão, também o risco da demanda.

No caso da discriminação para efeito da manutenção da relação de emprego, não resta mais dúvida quanto à competência da Justiça do Trabalho.

3. Sobre os crimes de discriminação

CRIME: Ligado à MATERNIDADE

A lei considera crime:

> I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;
>
> II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:
>
> a) indução ou instigamento à esterilização genética;
>
> b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde — SUS.

A pena é de detenção, de um a dois anos, e multa. Sujeito ativo pode ser: a pessoa física empregadora; o representante legal do empregador ou o dirigente (direto ou por delegação) de entidades públicas. Naturalmente, poderá haver coautoria não só entre mais de um daqueles sujeitos, como entre ele (ou eles) e terceiros (CP, arts. 29 e 30).

Digitalizado com CamScanner

4. Sanções de natureza civil e administrativa

Diz a lei, em seu art. 3º, que aquele que a contrariar está sujeito a:

I – multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% no caso de reincidência;

II – proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Quanto à multa, por ser *administrativa*, não reverte em benefício do trabalhador, mas aos cofres da União. Pergunta-se: poderá o Juiz do Trabalho aplicá-la? Doutrina e jurisprudência dominantes diriam que *não*. Mas, como lembra o mestre mineiro Antônio Álvares da Silva, a CLT dispõe claramente em seu art. 652:

> Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: (*omissis*)
>
> d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência.

Quanto ao empréstimo ou financiamento, a lei não fixa prazos; parece-nos razoável entender que a proibição permanece até o cumprimento da pena criminal.

5. Sanções de natureza trabalhista

5.1. No caso de ruptura da relação de emprego

Diz a lei que, se a relação de emprego se romper por ato discriminatório nela previsto, o empregado poderá optar entre:

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Se optar pelo primeiro caminho, o empregado, na verdade, será *reintegrado*, como se fosse estável. Receberá, portanto, tudo a que teria direito se tivesse trabalhado no período, inclusive eventuais promoções por antiguidade e aumentos gerais concedidos à categoria. Não perderá sequer os adicionais (de horas extras, de insalubridade, etc.) que habitualmente recebia. Se preferir a segunda solução, estará trocando o emprego pelo pagamento dobrado das mesmas parcelas.

É importante notar, como já o fizemos, que a lei não se refere a "crime" mas a "ato discriminatório", expressão bem mais ampla. Assim é, por exemplo, que se o empregador despedir o empregado em razão de sua idade terá praticado o segundo mas não o primeiro, já que o *fato típico* nela previsto diz respeito, direta ou indiretamente, apenas à maternidade.

Note-se que o art. 1º da Lei n. 9.029/95 enumera práticas discriminatórias proibidas, das quais decorrem estas sanções de natureza trabalhista.

Como já observamos, este rol apresentado não é taxativo. A jurisprudência trabalhista está repleta de exemplos de casos em que a discriminação foi detectada e punida, em hipóteses fora das enumeradas.

É o caso recorrente de discriminação a trabalhadores portadores de doenças graves, como a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (vírus do HIV), frequentemente dispensados quando o empregador toma conhecimento de sua condição. De maneira geral, além de condenarem o empregador no pagamento da indenização pelos abalos morais sofridos, os Tribunais determinam a reintegração do trabalhador na empresa, nos moldes da Lei n. 9.029/95.

Outro exemplo de ampliação deste rol é o reconhecimento do tratamento discriminatório despendido a empregados que já ingressaram em juízo contra a empresa. Além de discriminar, o empregador fere o direito fundamental de livre acesso ao Judiciário. Como exemplo, temos o seguinte aresto:

> EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — DISPENSA DISCRIMINATÓRIA — ABUSO DO DIREITO POTESTATIVO DE RESILIR O CONTRATO DE TRABALHO. Não consubstancia ofensa direta e literal ao disposto nos arts. 5º, II, 7º e 173, § 1º, da Constituição Federal a decisão que confirma a nulidade da dispensa imotivada de empregado de empresa pública, após dezoito anos de serviço, em circunstâncias das quais emerge que a iniciativa de extinguir o contrato de trabalho constituiu verdadeira retaliação ao exercício, pelo reclamante e por outros colegas, de seu direito constitucional de acionar judicialmente o empregador. Tampouco configuram divergência específica julgados que meramente afirmam a possibilidade de os empregados das empresas públicas serem dispensados sem justa causa.
>
> Recurso de revista não conhecido.
>
> (RR – 592182/1999.7, Rel. Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 18.4.2007, 1ª Turma, Data de Publicação: 4.5.2007)

5.2. No caso de admissões

Se a discriminação é no *despedimento*, o trabalhador, como vimos, será reintegrado ou receberá verbas prefixadas pela lei, *à forfait*. Mas se a discriminação é na *contratação*, deverá ser indenizado pelos prejuízos materiais que eventualmente vier a sofrer, por força do art. 186 do Código Civil de 2002.

Como exemplo, pode-se imaginar a hipótese de um trabalhador que, por ser o único candidato a preencher todos os requisitos exigidos pela empresa, conclui que será contratado e por isso faz despesas ou abre mão de outra oferta. Para sua surpresa, porém, é recusado pela única razão de ser descendente de asiáticos. Nessa hipótese, o empregador responde a título de responsabilidade pré-contratual, agravada pelo ato discriminatório.

Mas não é só. Seja no despedimento, seja na contratação, a prática de ato discriminatório, como já notamos, pode ensejar o pagamento de indenização por dano moral, independentemente de qualquer outra verba que o trabalhador vier a receber. A jurisprudência caminha neste sentido, reconhecendo a possibilidade de cumulação

Digitalizado com CamScanner

Cabe IND DANOS MORAIS + REINTEGRAÇÃO

da reintegração e do pagamento previstos no art. 4º da Lei n. 9.029/95 com a indenização por danos morais.

Essas formas de reparação decorrentes da responsabilidade civil não previstas expressamente, mas tão admissíveis quanto as outras, aplicam-se *genericamente*. Valem tanto para os casos mencionados na Lei n. 9.029/95 como para qualquer outra hipótese que se submeta à regra geral da isonomia. Seria o caso, por exemplo, de um empregador que se recusasse a admitir um empregado que não fosse católico.

5.3. A Lei n. 9.799/99

Em maio de 1999, a Lei n. 9.799 acrescentou à CLT o art. 373 A.

Com o novo artigo tenta-se *fechar* o *cerco* contra a discriminação da mulher trabalhadora, que tem se revelado uma das maiores vítimas do novo modelo econômico. Sobre o tema, o leitor poderá encontrar nessa obra os comentários dos professores Alice Monteiro de Barros e Luiz Otávio Linhares Renault.

Os Dois Modos de Discriminar: Velhos e Novos Enfoques

MÁRCIO TÚLIO VIANA

1. Apresentação

Na 1ª edição desta obra, publicamos *Os dois modos de discriminar e o futuro do Direito do Trabalho*. Este artigo reproduz parte daquele (itens 2 e 4) e acrescenta novos enfoques (itens 3 e 5).

2. O jogo e as regras

Há pelo menos dois modos de discriminar. Pode-se discriminar ferindo regras, mas também *com as próprias regras*.

Imaginemos, por exemplo, um jogo de baralho, em que as oportunidades são iguais para todos. Em dado momento, alguém pede cartas. Mas um dos jogadores recusa, dizendo: "você é um negro".

Este seria o primeiro tipo de discriminação: o jogador estaria ferindo a regra igualitária.

Imaginemos, agora, um jogo diferente, cuja regra permite que apenas um dos jogadores receba coringas. Por isso, ele vence sempre. Os outros se limitam a esperar pelo fim.

Esse é o segundo tipo de discriminação. Ela é causada pela regra decisiva, a regra dos coringas. Na verdade, é o *próprio jogo* que discrimina. Ele é *em si mesmo* desigual.

O primeiro tipo de discriminação é visível. Choca as nossas consciências. É reprimido. O outro, por ser inerente ao jogo, passa despercebido.

Para termos uma ideia melhor, transportemos essas situações para o mundo do trabalho. E suponhamos uma fábrica onde só os homens recebam um determinado prêmio.

Se isso acontecer, certamente diremos: "há discriminação." As mulheres também devem ser pagas, pois é esta a regra usual. Mas ao lado dessa discriminação visível, há uma outra, bem mais grave, que virtualmente impede que um operário escolha outro destino na vida.

Digitalizado com CamScanner

Esse segundo modo de discriminar atinge a todos: não é de minorias, é de massas; não é circunstancial, é estrutural. A discriminação está no jogo, e como o jogo é jogado em todos os lugares, ela se infiltra até em nossas consciências, tapando ou *tapeando* os nossos olhos e ouvidos.

A discriminação está presente na escola, no fórum, no cinema, no clube, nas ruas, no restaurante. Ela está em nosso lar, onde somos servidos à mesa por uma empregada doméstica. Está em nossos sonhos, quando imaginamos uma casa com jardins. Às vezes, esconde-se no coração dos próprios discriminados.

A discriminação se esparrama por todos os lugares porque ela é própria do sistema em que vivemos, e este sistema, que divide os homens, está em todos os lugares ao mesmo tempo.

Mas, se é assim, por que não a enxergamos bem? E como a justificamos?

Ao longo dos tempos, várias ideias serviram a esse propósito. Em 1830, por exemplo, um padre inglês explicava que Deus criara os pobres para aliviar os mais ricos e delicados "dos serviços mais penosos e ingratos".(1) Outra justificativa comum foi a da seleção natural.

Mas o argumento mais poderoso, paradoxalmente, foi trazido pelo próprio Direito. E veio por intermédio de dois belos princípios: o da liberdade... e o da própria igualdade. Se todos são livres e iguais, a escolha entre ser pobre ou ser rico dependeria de cada um.

Todas essas ideias tinham muito de artificial e se chocavam com a miséria crescente dos trabalhadores. Por isso, com o tempo, deram lugar a novas ideias e a um novo Direito.

Esse Direito, o Direito do Trabalho, não veio questionar o jogo. Sua ambição — mais modesta — foi inovar algumas regras, reduzindo um pouco a taxa de injustiça. Sua estratégia é simples: criar desigualdades para compensar outras desigualdades.

Naturalmente, o Direito do Trabalho não nasceu por acaso. Foi fruto especialmente da reunião física, emocional e também racional dos trabalhadores, antes dispersos em suas pequenas lavouras e oficinas. Ao lado dos novos bens de consumo, a fábrica produzia, sem querer, o seu próprio demônio — instalando uma contradição no sistema.

Daquela data em diante, em vez de dizermos que o *jogo é justo porque* os *jogadores são livres,* passamos a dizer que o *jogo é justo porque a lei equilibra as forças.* E assim, pouco a pouco, o eixo da atenção se deslocou *do jogo* para a *regra.* Ao se aperfeiçoar a *regra,* reduzindo-se as desigualdades, esqueceu-se do *jogo,* em si mesmo desigual.

É desse modo, portanto, que o Direito do Trabalho — fruto que é de uma contradição — acaba por revelar-se o mais paradoxal dos direitos: serve ao oprimido sem deixar de fora o opressor, pois se de uma parte limita a exploração do homem, de outra parte legitima e (por isso) fortalece o sistema(2).

(1) BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental.* Porto Alegre: Globo, 1970. v. 11, p. 693.

(2) A propósito, cf. GENRO, Tarso F. *Contribuição à crítica do direito coletivo do trabalho.* São Paulo: LTr, 1988. p. 15.

Hoje, essa ambivalência se reduz. Pouco a pouco, cedendo às pressões da economia, o Direito do Trabalho começa a se desfazer do que fez — "caminhando, a passos largos, em direção ao seu passado(3)".

O passado do Direito do Trabalho foi o Direito Civil. Ou seja, um Direito feito para pessoas economicamente iguais e que, por isso mesmo, preocupa-se mais em *manter* do que em *mudar as* regras do jogo — embora ele próprio já tenha se transformado um pouco nesse aspecto.

3. A retórica e a realidade

Para saber por que hoje, ao contrário de antes, o Direito do Trabalho se verga tão docemente à força do vento, basta observar o que acontece à nossa volta. Pouco a pouco, a contradição que o fez nascer, e que se repetiu em seu interior, vai sendo superada pelo novo modelo produtivo. Hoje, é possível não só *produzir sem reunir,* como até mesmo *reunir sem unir.*

Em outras palavras, a contradição é superada não apenas em termos objetivos — pela fragmentação da empresa e, por consequência, do universo operário — como também em nível subjetivo, no coração de cada trabalhador — cada vez mais individualista e menos aderente ao sindicato.

Alterando-se a relação de forças, a fonte que fazia brotar o Direito do Trabalho, e que reforçava — com a sanção da greve — a sanção legal, passa a operar com outra matéria-prima, bem ao contrário da primeira — o que a faz produzir normas também diferentes, quer nas palavras, quer no sentido.

No entanto, essas novas tendências não são homogêneas; mesmo hoje, há idas e vindas, recuos e avanços. Além disso — especialmente no terreno da discriminação —, há uma diferença considerável entre a realidade que vivemos no dia a dia e a postura dos legisladores, juízes e juristas.

No plano do direito vivido, as discriminações aumentam. O próprio modelo — que antes buscava o uniforme — hoje joga com as diferenças, alimenta os preconceitos e se utiliza racionalmente das distorções que semeia. Basta o exemplo do imigrante: a falta de papéis libera o seu corpo para a exploração sem limites, submetendo-o à lei do empregador.

Mas o que aumenta, sobretudo, é a *percepção* das discriminações — não só porque o pensamento humano vai evoluindo, mas também porque os sentimentos têm mudado. Desde o fim dos anos 1960, especialmente, o valor igualdade ganhou nova dimensão, como se vê, por exemplo, no plano das relações familiares; com isso, passa a ser mais fácil enxergar o seu contrário.

O próprio fato de nos termos tornado mais individualistas aciona os nossos radares para tudo o que nos agride — como os preconceitos, os assédios e as invasões

(3) A colocação, salvo engano, é de Rosanvallon.

Digitalizado com CamScanner

de privacidade. Desse modo, também as agressões contra o outro ganham visibilidade. Não temos como escondê-las de nós mesmos.

Diante desse contexto, não chega a ser estranho o fato de que a luta contra as discriminações — pelo menos no campo teórico — envolva gregos e troianos. Mesmo os que, no fundo, têm algum tipo de preconceito, fazem o possível para mascará-lo.

Nesse terreno minado, ninguém fala em flexibilizar; o que se vê, ao contrário, é a lei cada vez mais rígida. O deputado que defende na tribuna as pessoas com deficiência é visto sempre com simpatia; passa a imagem de um político sem preconceitos, avançado, de bons sentimentos.

Ora, a imagem é também um componente importante de nosso tempo. E não só a imagem que transmitimos aos outros, mas a que produzimos para nós mesmos. Os espelhos das academias nos acompanham fora dela — questionando a cada instante como estamos, quem somos, para onde vamos.

Outra explicação para essa unanimidade — que *não é burra*, como diria Nelson Rodrigues — talvez esteja no fato de que as discriminações têm uma natureza mais civil do que trabalhista. Mesmo quando usadas racionalmente, no interior de uma empresa, a cena que se apresenta aos olhos de todos não é da mesma natureza que a de uma alteração do contrato ou a de um atraso nos salários.

De fato, as regras antidiscriminatórias não atendem à mesma lógica das outras regras de proteção. A desigualdade que elas combatem não é tanto a que existe entre o empregador e o empregado, mas a que se coloca entre dois trabalhadores, ou seja, entre duas pessoas iguais. Ainda que seja o empregador quem provoca a desigualdade, as regras que procuram corrigi-la não visam tanto reduzir a mais-valia e distribuir riquezas, mas simplesmente garantir a isonomia.

É verdade que — na discriminação racional, destinada a baixar os custos — a norma pode, sim, trafegar no mesmo sentido das regras de tutela, opondo obstáculos à acumulação. Mas nem toda discriminação tem esse fim e, de todo modo, o que inspira a norma antidiscriminatória é o mesmo pensamento do legislador civil ou penal (quando coíbe desigualdades de tratamento mesmo fora da empresa).

Assim, *grosso modo*, são duas forças que se opõem. De um lado, o modelo econômico, abrindo espaços *com* violência e *para* a violência, à semelhança de um policial truculento que distribui pancadas sobre a multidão. De outro, uma sensibilidade maior para as misérias do mundo, que se expressa numa ênfase crescente dos Direitos Humanos.

É verdade que esse paradoxo não é tão grande quanto parece. Basta lembrar, ainda uma vez, como a luta contra as discriminações do primeiro tipo ajuda a esconder as do segundo. O foco de luz se concentra na desigualdade entre trabalhador e trabalhador, deitando sombras na que existe entre trabalhador e empregador.

Além disso, o próprio modelo econômico tenta às vezes se apropriar de ideias de igualdade, para cooptar a classe operária e conquistar a sua adesão. Assim é, por exemplo, que o escritório se desloca para o chão de fábrica, o empregado ganha o nome de "colaborador", os chefes são chamados por apelidos e o bandejão serve a todos a mesma comida. Naturalmente, são práticas impregnadas de ideologia, para não dizer de hipocrisia; no entanto, têm um efeito colateral interessante, pois acabam reforçando aquela ânsia geral pela igualdade.

No plano jurídico, porém, a fragilidade dos sindicatos impede que as normas antidiscriminatórias sejam mais efetivas. É que — apesar de sua natureza *civilista* — aquelas regras constrangem o empregador, parte mais forte da relação.

Seja como for, a defasagem entre prática e teoria tende a se atenuar quando o fato da discriminação chega aos tribunais. Nesse caso, a visibilidade aumenta, a opinião pública pesa, e mesmo os juízes não muito convencidos do que fazem (felizmente, uma minoria) apressam-se a mostrar-se *politicamente corretos*. Em nenhum outro campo é tão comum obter-se uma liminar ou uma decisão final com fundamentos sólidos e profundos.

Naturalmente, nesse campo, importa pouco se a decisão traduz o que o juiz realmente pensa ou se atende apenas ao seu desejo de manter uma bela imagem. O importante é essa tendência progressiva de estender a própria ideia de discriminação, ainda que do primeiro tipo.

4. Algumas observações pontuais

Dizer por quais motivos discriminamos é difícil. Mas um deles talvez tenha a ver com o nosso lado animal. Assim como acontece com os bichos e até com as plantas, parece que rejeitamos os diferentes. O estranho, o *estrangeiro*, provoca o medo do desconhecido. Mas exatamente porque somos humanos, e não plantas ou bichos, a razão nos obriga a superar esse instinto — assim como fazemos com tantos outros. Já o seu reverso é interessante: os iguais nos atraem, o que talvez nos ajude a explicar a própria existência do sindicato.

Como sabemos, o universo das discriminações é antigo e variado. Nos meus tempos de menino, os *faroestes* ensinavam que os índios eram maus. Poucas décadas atrás, muitos bares americanos só aceitavam brancos; e foi preciso que os negros forçassem a sua presença para que a lei a garantisse.[4] Desde crianças, nos contos de fada, as mulheres aprendem a ser cinderelas, e não príncipes valentes. No *Aurélio*, há 19 nomes compostos com a palavra "mulher", e só um, "mulher de César", não tem sentido pejorativo.[5]

Façamos uma pequena pausa na questão de gênero. Todos sabemos que a lei proíbe ao empregador pagar a uma mulher, só por ser mulher, um salário mais baixo

(4) O movimento ficou conhecido como *sits-in*.

(5) A observação é de um conferencista, cujo nome me escapa.

Digitalizado com CamScanner

que o de um homem. Mas para comparar seria preciso que ambos exercessem a mesma função, o que é quase raro na maior parte dos trabalhos. Em geral as mulheres são faxineiras, secretárias, cozinheiras ou costureiras, ou seja, exercem tarefas não só análogas às que desempenham no lar, mas também tão desvalorizadas quanto estas. No Brasil, recebem cerca de 30% do salário pago aos homens. No mundo, representam 70% dos pobres e 2/3 dos analfabetos. Não é à toa que a pobreza é substantivo feminino...

Numa outra imitação do lar, a mulher ocupa menos postos de chefia; e costuma receber ordens bem mais rigorosas que o homem, como revelam algumas pesquisas. Com frequência, o chefe reproduz o marido. E também como em muitos lares, a mulher se submete mais facilmente, abrindo espaço para que a discriminação se repita e se aprofunde.

Numa pequena enquete que realizei quando escrevia a minha tese, uma das perguntas era: "se o patrão lhe fizer uma grosseria, o que você faz?" As respostas indicaram que 77% "não criam caso", 8% deixam o emprego e 13% retrucam "com outra grosseria". Dos 77% que não reagem, a grande maioria é de mulheres: o dobro, em relação aos homens.

E a discriminação não atinge apenas o trabalho precário: às *vezes*, alcança os trabalhadores de elite. Ao submetê-los a testes cada vez mais refinados, a empresa tende a escolher os mais dóceis. É que ela própria, enquanto centro produtor de ideologia[6], quer incutir nos operários a ideia de que é uma espécie de mãe. Daí por que, na Europa, a doutrina questiona a legalidade de alguns deles.

No caso das pessoas com deficiência, os preconceitos se somam às desigualdades do sistema. Em geral, antes de vê-las como iguais a nós, vemos as suas diferenças. E com isso as fazemos realmente diferentes, pois não só se sentem mais assim, como sofrem em dobro os efeitos do desemprego. Em relação a eles, a lei não se limita a proibir a discriminação; age positivamente, assegurando cotas nas empresas maiores. O problema é que as empresas maiores, como vimos, tendem a se enxugar, descartando mão de obra para as suas parceiras, e com isso escapam das malhas da lei.

Nem sempre as discriminações implicam preconceitos. A empresa que paga salários desiguais a dois empregados, exercentes da mesma função, pode estar sendo levada a isso por vários outros motivos — até mesmo por uma simples falha de seu departamento pessoal.

5. As discriminações do segundo tipo

Restam as discriminações maiores — agravadas pelo novo modo de produzir.

Essas discriminações de massa podem ser um pouco atenuadas, se olharmos o Direito de uma forma mais crítica. Recentemente, inclusive, algumas decisões elogiáveis abriram caminho para superar um problema crônico da Justiça do Trabalho, mandando

(6) A afirmação é de Márcia de Paula Leite.

reintegrar trabalhadores despedidos por ingressar em juízo. No entanto, há sempre os que trafegam em sentido oposto — reduzindo, por exemplo, o campo das ações coletivas, que poderiam exatamente levar o Direito concreto aos que só o têm em abstrato. Do mesmo modo, pode-se dizer que quase ninguém questiona institutos como a prescrição trabalhista ou mesmo o chamado direito potestativo de despedir.[7]

Por outro lado, o novo modelo econômico tem mostrado, a cada dia, como uma economia avessa aos direitos sociais tende a preencher os novos espaços vazios com as suas próprias regras — entrelaçando os mercados formal e informal. Se hoje compramos uma lanterna por R$ 3,00, ou mesmo uma calça *jeans* por R$ 10,00[8], nela podem estar embutidas não só a ciência e a técnica, mas o desemprego e o subemprego, que comprimem para baixo as taxas salariais. Nessa mesma lanterna ou nesse pedaço de pano, talvez esteja presente até a exploração de crianças — como as que sofrem castigos físicos na Índia ou as que são vendidas pelos albaneses na Europa.

Assim, por mais que não pareça, há sempre uma ordem, mesmo no caos. Devemos aceitá-la como inevitável? Ou, ao contrário, temos alguma responsabilidade por ela? Os méritos ou deméritos são apenas dos que fazem as leis? Ou não serão também dos que — como nós — têm a possibilidade de continuar a fazê-las, pelos caminhos da interpretação? Se o sindicato está em crise, devemos apenas lamentá-lo? Ou não temos também o dever de apoiá-lo? As discriminações maiores ou menores, que nós mesmos — por ação ou omissão, de forma consciente ou não — provocamos, poderão algum dia, ou de algum modo, voltar-se contra nós?

As respostas para essas e outras questões de nosso tempo talvez tenham sido já respondidas, há muitos e muitos anos, por um velho chefe *sioux*, que, num célebre e sábio discurso, ensinou a um general norte-americano:

> O homem não faz a teia da vida. É antes um de seus fios. O que quer que faz a essa teia, faz a si próprio[9].

(7) Em sentido contrário, exceções como as de Jorge Souto Maior e Luiz Otávio Linhares Renault, em livros e artigos.

(8) Preços comuns nos "*shoppings* populares" de Belo Horizonte ou mesmo nas lojas de roupas em alguns bairros da cidade (como no "Barro Preto").

(9) A citação, salvo engano, está em alguma parte do livro de BROWN, Dee. *Enterrem meu coração na curva do rio*. São Paulo: Melhoramentos, 1980.

Digitalizado com CamScanner

Orientação Sexual e Discriminação no Emprego(*)

RODOLFO PAMPLONA FILHO

1. Liberdade

Como um pressuposto lógico para entender o tema principal deste trabalho, é imprescindível tecer algumas considerações sobre a noção jurídica de liberdade e, consequentemente, de liberdade sexual.

Para isto, com fins meramente didáticos, separamos a análise entre noções conceituais e previsões constitucionais de tutela da liberdade, conhecendo, em seguida, os limites ao seu exercício absoluto.

1.1. Noções conceituais

Afinal de contas, o que é este instituto aparentemente tão precioso chamado liberdade?

Valendo-nos da dogmática nacional, encontramos alguns conceitos interessantes de liberdade.

Na concepção gramatical da palavra, verificamos os seguintes significados, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira:

> **Liberdade.** [Do lat. *libertate*] S. f. 1. Faculdade de cada um se decidir ou agir segundo a própria determinação: *Sua liberdade, ninguém a tolhia.* 2. Poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas: *liberdade civil; liberdade de imprensa; liberdade de ensino.* 3. Faculdade de praticar tudo quanto não é proibido por lei. 4. Supressão ou ausência de toda a opressão considerada anormal, ilegítima, imoral: *Liberdade não é libertinagem; Liberdade de pensamento é um direito fundamental do homem.* 5. Estado ou condição de homem livre: *dar liberdade a um prisioneiro, a um escravo.* 6. Independência, autonomia: *O Brasil conquistou a liberdade política em 1822.* 7. Facilidade, desembaraço: *Liberdade de movimentos.* 8. Permissão, licença: *Tem liberdade de deixar o país.* 9. Confiança, familiaridade, intimidade (às vezes abusiva): *Desculpe-me, tomei a liberdade de vir aqui sem telefonar-lhe; Muito comunicativo, toma às vezes certas liberdades que me aborrecem.* 10. *Bras.* V. risca (4): "*Trazia os cabelos caprichosamente penteados, com uma abertura ao meio, formando liberdade.*" (De Araújo Costa, *O Menino e o Tempo*, pág. 29.) 11. *Filos.* Caráter ou condição de um ser que não está impedido de expressar, ou que efetivamente expressa, algum aspecto de sua essência ou natureza. [Quanto à liberdade humana, o problema consiste quer na determinação dos limites que sejam garantias de desenvolvimento das potencialidades dos homens no seu conjunto — as leis, a organização política, social e econômica, a moral, etc. —, quer na definição das potencialidades que caracterizam a humanidade na sua essência, concebendo-se a liberdade como o efetivo exercício dessas potencialidades que caracterizam a humanidade na sua essência, concebendo-se a liberdade como o efetivo exercício dessas potencialidades, as quais, concretamente, se manifestam pela capacidade que tenham os homens de reconhecer, com amplitude sempre crescente, os condicionamentos, implicações e consequências das situações concretas em que se encontram, aumentando com esse reconhecimento o poder de conservá-las ou transformá-las em seu próprio benefício.][1]

Como podemos constatar, a palavra "liberdade" apresenta diversos conteúdos, o que pode dificultar a nossa compreensão posterior do que seja liberdade sexual, tema deste capítulo.

Buscando, porém, um conceito estritamente jurídico, encontrado, por exemplo, no Dicionário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, vemos que este apresenta, no que se refere à liberdade, o seguinte conceito:

> **Liberdade.** S. f. (Lat. *libertas*) Faculdade que tem cada um de agir em obediência apenas a sua vontade. OBS. Esse conceito lato sofre restrições no estádio do homem coletivizado, sendo peculiar tão somente ao estágio da *horda*.[2]

Ora, a imprecisão e generalidade do conceito jurídico-dogmático de liberdade é, por certo, uma caixa de pandora da qual podemos retirar as mais amplas interpretações.

Ilustrando tal afirmação, o conceito mencionado, que o próprio dicionarista declara ser peculiar ao estágio de *horda*, nos permitiria concluir que o ato de matar alguém, por exemplo, nada mais é do que o exercício pleno da liberdade absoluta do indivíduo de optar entre o certo e o errado, o bem e o mal ou a vida e a morte.

(*) Exposição feita no Seminário "*A Proteção dos Interesses Coletivos na Justiça do Trabalho*", promovido pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, na Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região, em Salvador/BA, no dia 26.11.99. Publicado, também, no livro *Presente e futuro das relações de trabalho* — em homenagem a Roberto A. O. Santos.

(1) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1.028.

(2) ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 465.

Digitalizado com CamScanner

E talvez essa ponderação seja realmente bastante razoável, se levarmos em consideração que a conduta humana no convívio social (e a qualificação que o Direito lhe empresta) nada mais é do que o exercício diuturno de escolha entre o lícito e o ilícito, uma vez que, conforme ensinava Machado Neto, ao comentar a Teoria Egológica do Direito, a "liberdade é, nessa perspectiva, um *prius* donde há que partir. Originariamente toda conduta é permitida. Todo direito é assim um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes. Daí que o princípio ontológico não seja conversível como o é o juízo analítico 'tudo que não é ilícito é lícito' (...) Sobre esse *prius* da liberdade humana, esse contínuo de licitudes, a determinação normativa vai estabelecendo as ilicitudes"(3).

A faculdade de livre agir, porém, não pode ser interpretada de forma extrema. Desde a mais tenra idade, fomos condicionados com frases do tipo "*minha liberdade (meu direito) termina onde começa a (o) do outro*" ou "*liberdade sem responsabilidade não é liberdade, mas sim libertinagem*", em que, instintivamente, já começamos a inferir a existência de limites ao exercício da liberdade.

Logo, se é certo que a liberdade é algo inerente à capacidade volitiva do homem, escolhendo a prática deste ou daquele tipo de ação, muito mais evidente é que haverá certos tipos de atos que serão reprimidos pela Ordem Jurídica, como verdadeiras limitações ao exercício absoluto da liberdade.

Tais limites, do ponto de vista da teoria geral do Direito, nada mais são do que o estabelecimento de sanções a determinados tipos de conduta que podem ser praticadas pelos indivíduos, no exercício de sua liberdade. Em outros termos, podemos afirmar que um preceito proibitivo não impede, de forma alguma, que a pessoa, no exercício de sua liberdade individual, pratique a conduta vedada pelo Direito, mas sim estabelece, em verdade, que a opção por aquela conduta implicará, deontologicamente, a aplicação de uma determinada sanção pela violação da ordem jurídica.(4)

Os limites, portanto, ao exercício absoluto da liberdade do ser humano nada mais são do que a proteção que o ordenamento jurídico empresta a determinados bens jurídicos, como a vida, a propriedade e a própria liberdade.

E que limites são esses?

Apenas por uma questão de metodologia, deixaremos para enfrentar esta questão no tópico 1.3 ("Limites ao exercício absoluto da liberdade"), onde pretendemos aprofundar o tema.

(3) MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 53. Nas palavras de Carlos Cossio: "El problema jurídico de la libertad irrumpe dogmaticámente en la Dogmática com el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está juridicamente permitido, axioma que es conceptualmente aprehendido com la noción de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico" (COSSIO, Carlos. *La teoria egologica del derecho y el concepto juridico de libertad*. 2. ed. Argentina: Abeledo-Perrot, 1964. p. 656).

(4) O exemplo mais evidente desta conclusão está na parte especial do Código Penal brasileiro, que, em vez de preceituar, *v. g.*, em seu art. 121, que "É proibido matar alguém", determina que "Matar alguém" implica pena de "reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos", descrevendo apenas a conduta típica e a sanção correspondente.

Por enquanto, fiquemos somente com a conclusão de que é possível haver restrições (resistências) à liberdade absoluta (ou, mais tecnicamente, ao exercício absoluto da liberdade), pelo que, lembrando as poéticas palavras de Carlos Fernandez Sessarego, tenhamos a convicção de que "*la libertad es como un ave que para volar necesita de la resistencia del aire. La libertad tiene necesidad ontológica de otras existencias libres y de cosas. La libertad es coexistencia, compresencia. Necesita de sus potencias psíquicas, de su cuerpo, que son las evolturas próximas; del mundo interno en contraposición con el mundo externo que son los 'otros' seres. El mundo interno es lo 'mio', lo que pertenece en forma inmediata al centro espiritual del hombre como libertad*".(5)

1.2. Previsões constitucionais da tutela da liberdade

A tutela jurídica da liberdade, pelo que vimos no tópico anterior, está incrustada em todo o ordenamento jurídico positivo, pois o estabelecimento de qualquer regra de conduta implica, em última análise, a disciplina do exercício da liberdade.

Entretanto, pela sua evidente importância na hierarquia das normas, parece-nos bastante conveniente destacarmos, no texto da vigente Carta Constitucional, algumas previsões específicas da tutela jurídica da liberdade.

Sem sombra de qualquer dúvida, se for possível estabelecer um grau de importância entre os diversos dispositivos constitucionais, o art. 5º por certo se destacaria no conjunto de preceitos normativos da nossa analítica Constituição.

Ao estabelecer, no seu *caput*, que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", o constituinte consagrou, como pilar da ordem jurídica positiva, a isonomia de tratamento entre os indivíduos, o que, definitivamente, não é tarefa das mais fáceis, tendo em vista as evidentes desigualdades fáticas ocorrentes na realidade prática.

Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que o "princípio da isonomia oferece na sua aplicação à vida inúmeras e sérias dificuldades. De fato, conduziria a inomináveis injustiças se importasse em tratamento igual para os que se acham em desigualdade de situações. A justiça que reclama tratamento igual para os iguais pressupõe tratamento desigual dos desiguais. Isso impõe, em determinadas circunstâncias, um tratamento diferenciado entre os homens, exatamente para estabelecer, no plano do fundamental, a igualdade"(6).

A disciplina procedida pelos 77 (setenta e sete) incisos e 2 (dois) parágrafos do art. 5º abarca diversos princípios jurídicos intimamente relacionados com a noção de liberdade, como, a título meramente exemplificativo, a igualdade de direitos entre homens

(5) SESSAREGO, Carlos Fernandez. *El derecho como libertad*. Lima: Libreria Studium, 1987. p. 102.

(6) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 27.

Digitalizado com CamScanner

e mulheres (inciso I, de fundamental importância para nosso estudo), a liberdade de expressão e pensamento (incisos IV, V e IX) e a liberdade de consciência e crença (inciso VI).

Vale destacar, dentre tais estipulações, o preceito do § 1º, que estabelece que as "normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Assim sendo, não há como se negar, do ponto de vista dogmático, o exercício da proteção de um direito ou garantia fundamental somente pela inexistência de uma lei específica definidora dos limites da correspondente garantia ou direito fundamental.

Tal conclusão não se choca, de forma alguma, com o disposto no inciso II ("*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*"), mas sim, *a contrario sensu*, reforça-o, uma vez que o princípio da legalidade, mesmo sendo a base fundamental do Estado de Direito, não pode ter a sua importância exageradamente exaltada, pois, socorrendo-nos novamente do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a "missão emprestada à lei resulta de uma concepção bem clara e definida a seu respeito. Para Montesquieu, como para os principais autores da Revolução Francesa, a supremacia da lei é o primado da razão, consequentemente da justiça. O direito, para eles, não é criação arbitrária, fruto de qualquer *volonté momentanée et capricieuse* (*De l'esprit des lois*, Livro 2, Cap. 4). É a descoberta do justo pela razão dos representantes. Consequentemente, 'a lei não tem o direito de vedar senão as ações prejudiciais à sociedade' (Declaração de 1789, art. 5º, primeira parte)"[7].

Feitas tais considerações, enfrentemos, finalmente, a questão dos limites ao exercício absoluto da liberdade.

1.3. Limites ao exercício absoluto da liberdade

> *Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet nisi si quid vi aut jure prohibetur.*

O brocardo latino, que significa que a "liberdade é a faculdade natural de fazer o que se deseja, desde que não haja proibição da força ou direito", já nos traz um indício de onde encontraremos as limitações ao exercício absoluto da liberdade.

De fato, onde mais estariam os limites ao exercício absoluto da liberdade, senão no próprio Direito que garante a liberdade?

Afastado o exercício puro do arbítrio, justificador da referência à "força" na expressão lembrada, somente a própria ordem jurídica, *com o fito de garantir seus bens mais preciosos*, é que teria a legitimidade para estabelecer limitações à liberdade individual das pessoas.

Os limites ao exercício absoluto da liberdade do ser humano nada mais são, portanto, do que a proteção que o ordenamento jurídico empresta a determinados bens jurídicos como, *v. g.*, a vida, a propriedade e a própria liberdade.

(7) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ob. cit., p. 28-29.

Desta forma, a primeira conclusão que se tira desta reflexão é que o cerne da liberdade jurídica reside na possibilidade de fazer tudo aquilo que não é proibido pelo seu próprio ordenamento. Esta conclusão, entretanto, suscita novas questões: o que pode ser proibido ou não dentro da Sociedade? *Existem limites para a limitação* da liberdade?

A análise do inciso XI do art. 5º do texto constitucional pode nos ajudar, agora sob um método indutivo, a responder esta questão.

Com efeito, dispõe o referido preceito que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Nesta regra constitucional, podemos verificar que o direito amplo de ir e vir é limitado pelo direito de propriedade, uma vez que ninguém pode penetrar em casa alheia sem o consentimento do morador.

Todavia, havendo um interesse jurídico maior, seja da sociedade *lato sensu* (flagrante delito, desastre ou necessidade de prestação de socorro), seja do Estado (invasão durante o dia, por ordem judicial), a limitação constitucional encontra um outro óbice (da mesma natureza) que a releva, criando o que chamamos de "limitação da limitação".

E qual o motivo para a imposição desta "limitação da limitação"?

A resposta mais óbvia (e, por isso mesmo, rasteira) seria: porque assim o quis o legislador.

Recusando, porém, o *magister dixit*, podemos encontrar a justificativa lógica para tais limitações justamente no objetivo, em última instância, da garantia do exercício da liberdade e da organização da sociedade.

O que devemos ter sempre em mente é que a possibilidade de limitação (ou sancionamento, como consideramos mais técnico numa perspectiva lógico-jurídica) do exercício absoluto da liberdade individual — possibilidade esta aqui indubitavelmente reconhecida — deve tomar como premissa o prevalecimento da própria liberdade.

Assim sendo, para conhecer e estabelecer os limites do exercício pleno da liberdade, teremos que tomar como bússola inarredável a constatação de qual é o ponto em que tal exercício fere o interesse social, público ou do outro indivíduo. Somente observando o postulado básico da liberdade geral é que verificaremos, em cada caso concreto, quais os limites impostos pela ordem jurídica ao exercício absoluto da liberdade individual.

Sobre a matéria, observa José Afonso da Silva que:

> O legislador ordinário, quando expressamente autorizado pela Constituição, intervém para regular o direito de liberdade conferido. Algumas normas constitucionais, conferidoras de liberdades e garantias individuais, mencionam uma lei limitadora (art. 5º, VI, VII, XIII, XV, XVIII). Outras limitações podem

Digitalizado com CamScanner

provir da incidência de normas constitucionais (p. ex., art. 5º, XVI: reunir-se *pacificamente, sem armas*; XVII: *fins lícitos* e vedação de *caráter paramilitar*, para as associações, são conceitos limitadores; restrições decorrentes de estado de defesa e estado de sítio: arts. 136, § 1º, e 139).

Tudo isso constitui modos de restrições das liberdades, que, no entanto, esbarram no princípio de que é a liberdade, o direito, que deve prevalecer, não podendo ser extirpado por via de atuação do Poder Legislativo nem do poder de polícia. Este é, sem dúvida, um sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só tem cabimento na extensão requerida pelo bem-estar social. Fora daí, é arbítrio[8].

2. Liberdade sexual

Entendida a noção de liberdade, bem como a questão da possibilidade de limitação de seu exercício absoluto, já podemos enfrentar um dos pontos nevrálgicos do nosso tema.

A questão básica é a seguinte: existe uma liberdade sexual? E, caso a resposta seja positiva, em que consiste este instituto e como instrumentalizar a sua garantia?

A primeira pergunta ("Existe uma liberdade sexual?") pode parecer, ao leitor menos avisado, no mínimo, uma tolice: "É lógico que existe uma liberdade sexual", ouviríamos!

É mesmo? — respondemos! Se a existência deste direito é, valendo-nos da expressão consagrada por Nelson Rodrigues, de uma obviedade ululante, então qual é o motivo para que haja tantos tabus e preconceitos no trato das relações jurídicas decorrentes do exercício da liberdade sexual dos indivíduos?

A resposta poderá ser encontrada justamente na nossa premissa de raciocínio de que o exercício da liberdade (e a liberdade sexual também está aí incluída!) na sociedade moderna pressupõe a observância de alguns limites, existentes deontologicamente não por um simples arbítrio do legislador, mas sim como uma exigência para a sobrevivência da própria liberdade garantida.

No caso da liberdade sexual, o conhecimento destes "limites" se dará pelo respeito ao exercício alheio do próprio direito de liberdade sexual, além de outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas[9].

Assim sendo, é preciso "dissecar doutrinariamente" a liberdade sexual, apresentando um cabedal doutrinário que pavimente seu estudo, em especial no que diz respeito às relações homem/mulher na sociedade, o que faremos nos próximos tópicos.

(8) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 243.

(9) "Art. 5º (omissis)
(...)
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

2.1. Conceito

Segundo a Professora Maria Helena Diniz, em seu colossal *Dicionário Jurídico*, a expressão "*liberdade sexual*" pode ser assim entendida:

> **Liberdade Sexual.** *Direito penal.* Direito de disposição do próprio corpo ou de não ser forçado a praticar ato sexual. Constituirão crimes contra liberdade sexual: o ato de constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; o atentado violento ao pudor, forçando alguém a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal; a conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude; o ato de induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ato libidinoso.[10]

A noção jurídica de liberdade sexual está ligada, portanto, à ideia de livre disposição do próprio corpo, concepção esta que se relaciona a uma visão individualista do ser humano, que pode ser sintetizada na frase, tão ouvida entre os apologistas da legalização das drogas, de que "cada um faz com seu corpo o que quiser".

Sobre a liberdade sexual, ensina Magalhães Noronha:

> Tal liberdade não desaparece nas próprias espécies inferiores, onde se observa que geralmente o macho procura a fêmea, quando ela se acha em cio, isto é, predisposta ao coito. Nelas, também, a requesta antecedente é o fato observado pelos zoólogos.
>
> Os odores, as cores, as formas, a força, o som, as danças etc. são sempre recursos postos em prática antes do amplexo sexual.
>
> No homem, a requesta antecede ao ato, mesmo entre os selvagens. São sempre a música e a dança os atos preliminares da união dos sexos, como anota Havelock Ellis.
>
> Fácil, pois, é conjeturar quão intenso é o primitivismo bárbaro do que atenta contra a disponibilidade sexual da pessoa[11].

Há, portanto, sedimentação doutrinária acerca da existência e importância da liberdade sexual para o convívio entre os indivíduos na sociedade moderna, estando a mesma, inclusive, tutelada por normas de natureza criminal.

Mas nem sempre foi assim!

A conquista de um direito à liberdade sexual não foi entregue de mão beijada a homens e, especialmente, mulheres. Estas, em especial, travaram uma longa batalha para a conquista dos seus espaços, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento da ordem jurídica, política e social do seu direito de "dispor do seu próprio corpo".

(10) DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3, p. 122.

(11) NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, p. 99.

Digitalizado com CamScanner

2.2. Escorço histórico

As relações (sociais e de Direito) entre os sexos, através dos tempos, não estiveram sempre nesta condição de isonomia legal de tratamento, hoje garantida na esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo[12].

Na verdade, desde a Antiguidade, prevalecia a ideia preconcebida de superioridade masculina, em que a mulher era reduzida à condição muito próxima de objeto, não somente sexual, mas também de Direito[13]. Na visão sintética de Aloysio Santos, "em termos sexuais, as mulheres não representavam senão o papel de outro organismo vivo, capaz de satisfazer as necessidades do homem e da matriz reprodutora. Ela era, então, simples objeto do sexo, socialmente subjugada pelo homem"[14].

Até mesmo na Bíblia Sagrada, mais especificamente no livro de Gênesis, encontramos fundamento para tal conduta discriminatória e subjugadora, uma vez que, ao punir o homem por ter sucumbido à tentação, Deus dirigiu-se à mulher, condenando-a: "Multiplicarei grandemente a tua dor, e a tua conceição; com dor terás filhos; e o teu desejo será para o teu marido, e ele te dominará" (*Gn., 3, 16*).

Vale destacar, porém, que, nas sociedades primitivas, a primeira forma de divisão do trabalho também tomava como parâmetro o sexo, uma vez que aos homens era destinada a atividade de pesca e caça; e às mulheres, a coleta dos frutos e, em fase posterior, também a cultura da terra.

Nas sociedades antigas mais organizadas, vale transcrever o testemunho sempre autorizado de Alice Monteiro de Barros, que preleciona que "a história registra, sobretudo no Egito antigo, que a tecelagem constituía uma ocupação reservada às mulheres, competindo-lhes tosquiar as ovelhas e tecer a lã. Também há registros de trabalho das mulheres na ceifa do trigo, no preparo da farinha e na massa do pão, enquanto os homens o assavam. Está documentado, nos papiros, que as mulheres mais pobres trabalhavam em grandes obras de construção. Depois de assinalar o papel político desempenhado por algumas mulheres, onde sobressai o reinado de Hatshepsut, em meados do segundo milênio, afirmam alguns historiadores que o antigo Egito não considerou, em princípio, a mulher como um ser inferior, provavelmente dada a mediocridade de suas preocupações militares. Acontece que a tradição exigia que os faraós

(12) Não podemos nos esquecer da existência de países teocráticos, de fundamentalismo islâmico, como, v. g., o Irã, que não reconhecem a igualdade de direitos entre homens e mulheres.

(13) No respeitado depoimento de Segadas Vianna, "a mulher judia tinha uma posição de absoluta inferioridade em relação ao homem, não obstante a lei de Moisés a colocar no mesmo plano dizendo que o 'o matrimônio é a unidade espiritual e corporal do homem e da mulher, como Deus ordenou'. Enquanto isso, Elias afirmava que 'o homem pode abandonar a mulher, se deixou a comida queimar ou se encontra outra mais formosa que a sua'. Não recebia a mulher, na Palestina, qualquer instrução e até 13 anos de idade podia ser vendida e casada segundo a vontade de seus pais" (*Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996. v. II, p. 935).

(14) SANTOS, Aloysio. *Assédio sexual nas relações trabalhistas e estatutárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 12.

fossem filhos de Amon (deus do Sol); em consequência, logo apareceu uma lenda segundo a qual esse grande deus teria envolvido Ahmasi, mãe de Hatshepsut, em uma nuvem de perfume, anunciando que aquela daria à luz uma filha, que o representaria na Terra. E para vencer os preconceitos da época, sustentam os historiadores que Hatshepsut, ao assumir totalmente o poder, exercido durante certo período com o irmão, teve que sacrificar seu comportamento inicial, de agir como mulher, conduzindo-se à semelhança de um faraó, vestida de homem e usando barba, como, aliás, nos mostram os grandes monumentos"[15].

O certo é que, apesar de algumas ressalvas históricas, as visões preconcebidas da mulher como um ser inferior dominaram a Antiguidade, seja nas sociedades primitivas, seja no Egito, Grécia ou antiga Roma[16].

Com a Idade Média, a situação jurídica da mulher não foi muito modificada, apesar da sexualidade humana ter passado a exercer um lugar de destaque nas preocupações sociais, principalmente em função da notória influência da Igreja. Como observa Aloysio Santos, dada esta ascendência, em especial, do Catolicismo, "estava a cargo da hierarquia religiosa, na época, a definição do comportamento considerado eticamente ideal para ser seguido pelos jovens e o grupo familiar cristão. Na verdade, a Igreja medieval se intrometia com tudo aquilo que se relacionasse com a vida dos povos e, por isso, teve de assumir o encargo da crítica da sexualidade humana"[17].

Reprimida pelos representantes da fé e pela sociedade em geral, nada mais cabia à mulher do que se limitar à sua condição de "sexo frágil", patrimônio de seu senhor, ligando-se às atividades caseiras e à vida doméstica, sendo considerada, em função da sua presumida debilidade física, como uma mão de obra secundária.

Na Idade Moderna, com o Renascimento, a mulher toma, do ponto de vista social, uma posição de maior relevo, seja pela redenção procedida pelos poetas, como Dante e Petrarca, que exaltavam a figura feminina, seja pelo próprio Cristianismo, que, ao dignificá-la pelo casamento monogâmico, possibilitou-lhe, no âmbito do lar, acesso à leitura e às coisas da inteligência e ciência, "aparecendo as figuras das 'preciosas', das 'sábias' e 'enciclopédicas'".[18]

Neste panorama histórico das relações jurídicas relacionadas com a emancipação e o trabalho da mulher, a Revolução Industrial, sem sombra de qualquer dúvida, é um marco divisório para a efetiva conquista do espaço feminino na sociedade moderna.

(15) BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 27-28.

(16) Em Roma, "a mulher, qualquer que fosse a sua situação, estava sempre submetida a um poder; se era solteira, *alieni juris* submetia-se à *patria potestas*; se era casada *cum manu*, impunha-se lhe a *manus maritalis*; sendo solteira, *sui juris*, ou viúva, ficava sob a tutela permanente", gerando-lhe uma incapacidade de fato, que só veio a ser razoavelmente atenuada com o fim da República e o começo do Império. (MEIRA, Silvio. *Instituições de direito romano*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 58.)

(17) SANTOS, Aloysio. Ob. cit., p. 13.

(18) POPPE, Paulo. Esboço histórico do trabalho feminino. In: *Boletim 40 do MTIC*, p. 115; *apud* VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*.16. ed. São Paulo: LTr, 1996. v. II, p. 936.

Digitalizado com CamScanner

Com efeito, o surgimento da máquina serviu para equilibrar o desnível existente entre o trabalho do homem e da mulher, porque menor a força física a ser despendida. Assim sendo, por mais contraditório que possa parecer, é com o início da exploração industrial do trabalho da mulher que esta consegue dar seus primeiros passos para a necessidade de reconhecimento da igualdade (com o respeito às diferenças essenciais, acrescentamos nós!) de tratamento com os homens.

Ressalte-se que esta introdução das mulheres no mercado de trabalho não se deu em função de um reconhecimento jurídico de sua igualdade, mas sim, *a contrario sensu*, pela sua condição de mão de obra mais dócil e barata, o que nos remete à velha conclusão de que é sempre o dinheiro, a "mola mestra do mundo", que está por trás das grandes transformações sociais e jurídicas, nelas incluindo o próprio surgimento do Direito do Trabalho.

Como observam Orlando Gomes e Elson Gottschalk, o "emprego de mulheres e menores na indústria nascente representava uma sensível redução do custo de produção, a absorção de mão de obra barata, em suma, um meio eficiente e simples para enfrentar a concorrência. Nenhum preceito moral ou jurídico impedia o patrão de empregar em larga escala a mão de obra feminina e infantil. Os princípios invioláveis do liberalismo econômico e do individualismo jurídico davam-lhe a base ética e jurídica para contratar livremente, no mercado, esta espécie de mercadoria. Os abusos desse liberalismo cedo se fizeram patentes aos olhos de todos, suscitando súplicas, protestos e relatórios (*Villermé*) em prol de uma intervenção estatal em matéria de trabalho de mulheres e menores. Com as primeiras leis que surgiram, em diversos países europeus, disciplinando esta espécie de trabalho, surgiu, também, para o mundo jurídico, a nova disciplina: o Direito do Trabalho. Com efeito, foi o *Moral and Health Act*, de Roberto Peel, em 1802, a primeira manifestação concreta que corresponde à ideia contemporânea do Direito do Trabalho"[19].

E é com este reconhecimento da exploração da mão de obra feminina, cuja inserção no mercado de trabalho já havia se tornado um fato irreversível, que os construtores do Direito começam a centrar esforços numa efetivação da tutela de igualdade entre os sexos.

Fazendo um salto histórico, é importante destacar o papel da revolução feminista (ou sexual), movimento de emancipação feminina desencadeado na segunda metade século XX, por meio do qual as mulheres conseguiram o reconhecimento desta isonomia com os homens, pelo menos nos dispositivos normativos ocidentais. A atuação das "feministas" pela garantia e certificação de seus direitos, simbolizada na famosa queima pública dos sutiãs, possibilitou a demanda por um tratamento igualitário com a execração da superioridade masculina discriminatória.

(19) GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. (de acordo com a CF/88). Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 419.

Do ponto de vista do Direito positivo brasileiro, vale destacar que tal igualdade está consagrada no texto constitucional, a saber, no art. 5º, I, da Carta Magna, ao preceituar que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

Todavia, o simples reconhecimento jurídico da imperatividade do tratamento isonômico entre os sexos não é suficiente para se garantir, na prática, a efetividade do exercício responsável da liberdade sexual.

A agressividade (decorrente, talvez, da permissividade do final do século XX) com que as condutas de natureza sexual são praticadas na sociedade moderna tem gerado novos enfoques de discussão sobre os limites do comportamento social aceitável.

Ao conquistar o reconhecimento jurídico da liberdade sexual, homens e mulheres passaram a conviver com uma nova onda de problemas, antes não encarados de forma séria, dentre os quais a questão da orientação sexual, tema que será tratado no próximo tópico.

3. Orientação sexual

Os termos "orientação sexual" ou "opção sexual" somente passam a ter sentido em um regime de liberdade sexual, pois a própria noção de liberdade está intimamente relacionada com a possibilidade de alternativas.

Por isto mesmo, quando há a proposta de se falar em orientação sexual, não há como se negar que o tema básico é, indubitavelmente, o homossexualismo, pois a relação heterossexual já é a naturalmente imposta pelo espírito de conservação e reprodução do ser humano.

Dissertar, porém, sobre o homossexualismo não é tarefa fácil, tendo em vista as multiformes visões ideológicas existentes em cada setor da sociedade.

O pensamento cristão, embora não condene o homossexual enquanto ser humano, repudia veementemente a prática do homossexualismo, considerando-a pecado, como podemos lembrar, no velho testamento, do episódio de Sodoma e Gomorra, valendo destacar também o seguinte trecho do novo testamento: "[25] *Pois mudaram a verdade de Deus em mentira, e honraram e serviram mais a criatura do que o Criador, que é bendito eternamente. Amém.* [26] *Pelo que Deus os abandonou às paixões infames. Porque até as suas mulheres mudaram o uso natural, no contrário à natureza.* [27] *E, semelhantemente, também os varões, deixando o uso natural da mulher, se inflamaram em sua sensualidade uns para com os outros, varão com varão, cometendo torpeza e recebendo em si mesmos a recompensa que convinha ao seu erro.* [28] *E, como eles se não importaram de ter conhecimento de Deus, assim Deus os entregou a um sentimento perverso, para fazerem coisas que não convém;*" (Rom-1,25-28).

Já em relação ao pensamento dos setores mais tradicionais da psicologia, os compêndios clássicos já não trazem mais o homossexualismo como uma patologia, mas mantêm a postura de considerá-lo como um desvio da conduta sexual normal.

Digitalizado com CamScanner

Os ativistas dos direitos humanos, por sua vez, valorizam o aspecto volitivo da conduta homossexual, qualificando-a como uma simples opção individual, em matéria de sexo, sendo sintomático do caráter preconceituoso da sociedade a expressão "o amor que não mostra o nome", poeticamente utilizada pelos grupos de militância gay.

E é justamente este aspecto do preconceito que abordaremos no próximo tópico.

4. Discriminação pela orientação sexual

Discriminação, como sabemos, consiste no tratamento desigual ou preferencial de alguém, prejudicando outrem.

Ora, o caráter preconceituoso com que a conduta homossexual é encarada na sociedade é um elemento importante para a constatação da possibilidade fática de ocorrência de atos discriminatórios contra si.

Se é certo que grandes espaços foram conquistados através dos tempos, no que diz respeito à liberdade sexual, notadamente das mulheres, mas certo ainda é que indubitavelmente há muito a evoluir, principalmente em relação ao homossexual.

Um bom exemplo disso foi o projeto de parceria civil, de autoria da Deputada Marta Suplicy, que, com a bem-intencionada e razoável intenção de regularizar a situação patrimonial de duas pessoas do mesmo sexo que tivessem uma vida em comum, dando-lhe um *status* semelhante à da união estável, acabou conhecido como a "lei do casamento gay", gerando tanta repercussão (e execração), que acabou sendo rejeitado no Poder Legislativo.

Certo, porém, é que, independentemente da visão ideológica, política, filosófica ou religiosa de cada indivíduo em relação ao homossexualismo, não há como se negar a cidadania ao homossexual, relegando-lhe à marginalidade e à hipocrisia de somente ser aceito se a sua vida pessoal estiver relegada a quatro paredes.

Todavia, como o preconceito (e a discriminação) grassa fortemente na nossa multiforme sociedade, é lógico que isto não poderia deixar de ocorrer na seara da relação de emprego, em que o poder e o tratamento diferenciado podem se tornar tragicamente complexos.

5. Orientação sexual e discriminação no emprego

Por reconhecer que a relação empregatícia é um campo fértil para a propagação de práticas discriminatórias do ponto de vista geral, o legislador brasileiro vem se preocupando, há algum tempo, com a adoção de políticas regulamentadoras da matéria.

É o caso, por exemplo, da Lei n. 9.029, de 13.4.95, que proíbe "a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade", tipificando criminalmente, inclusive, algumas destas práticas.

É de se destacar, porém, que, apesar de falar em sexo, não há referência a orientação sexual como um dos parâmetros proibidos de discriminação, o que reflete como a questão ainda é complexa na mentalidade dos representantes da sociedade brasileira.

E como toda ação gera uma reação, constatamos, por parte dos grupos de militância homossexual, uma tendência muito forte de reiteração da conduta que se convencionou chamar de "patrulhamento sexual", em uma busca de uma revisão da história moderna, para tentar encontrar, em vultos históricos, um comportamento compatível com sua opção sexual.

No Estado da Bahia, a título exemplificativo, testemunhamos sérias polêmicas envolvendo os membros do GGB (Grupo Gay da Bahia) e MNU (Movimento Negro Unido), uma vez que o primeiro "ousou" sustentar a tese de que Zumbi dos Palmares era homossexual, o que gerou grande resistência na comunidade negra baiana (a maior do Brasil), inclusive, com atos de vandalismo noticiados pela imprensa.

Outro nome da história brasileira que foi tachado de "gay" pelo GGB (cujo Presidente é Professor Titular da Universidade Federal da Bahia, na área de sociologia) foi Lampião, o que também envolveu grande controvérsia com os historiadores e biógrafos do "Rei do Cangaço".

Este tipo de conduta, embora injustificável, é facilmente explicável como uma busca a um reconhecimento social "na marra", numa espécie deformada de "ação afirmativa" para prestigiar a minoria discriminada.

Estas são as contribuições que apresento, por enquanto, para a discussão da matéria. O tema, sem qualquer sombra de dúvida, é dos mais polêmicos, carecendo, ainda, de maiores digressões. Ficamos satisfeitos, porém, se conseguirmos suscitar algumas reflexões para este assunto que, na linguagem GLS, há muito já deveria ter saído do armário...

Digitalizado com CamScanner

A Parassubordinação: Proteção ou Discriminação?

LORENA VASCONCELOS PORTO

1. A evolução do conceito de subordinação no Direito do Trabalho

O conceito de subordinação é essencial para o Direito do Trabalho, pois é decisivo para a afirmação da existência da relação de emprego. Nesse sentido, ele representa a "chave de acesso" aos direitos e garantias trabalhistas, os quais, em regra, são assegurados em sua plenitude apenas aos empregados.

Na época do surgimento do Direito do Trabalho, a partir da segunda metade do século XIX, o modelo econômico vigente — centrado na grande indústria — engendrou relações de trabalho de certo modo homogêneas, padronizadas. O operário trabalhava dentro da fábrica, sob a direção do empregador (ou de seu preposto), que lhe dava ordens e vigiava o seu cumprimento, podendo eventualmente puni-lo. Essa relação de trabalho, de presença hegemônica na época, era o alvo da proteção conferida pelo nascente Direito do Trabalho. Desse modo, foi com base nela que se construiu o conceito de contrato (e relação) de trabalho e, por conseguinte, o do seu pressuposto principal: a subordinação.

Assim, esse conceito foi identificado com a presença constante de ordens intrínsecas e específicas, com a predeterminação de um horário rígido e fixo de trabalho, com o exercício da prestação laborativa nos próprios locais da empresa, sob a vigilância e controle assíduos do empregador e de seus prepostos. Trata-se da acepção clássica ou tradicional da subordinação, que podemos sintetizar como a sua plena identificação com a ideia de uma heterodireção patronal, forte e constante, da prestação laborativa, em seus diversos aspectos.

A adoção do critério da subordinação jurídica, em sua matriz clássica, levava a excluir do campo de incidência do Direito do Trabalho vários trabalhadores que necessitavam da sua tutela, mas que não se enquadravam naquele conceito parcial e restrito. Conforme assinalavam alguns críticos, este não cumpria plenamente a sua finalidade essencial, pois não era capaz de abranger todos os trabalhadores que necessitam — objetiva e subjetivamente — das tutelas trabalhistas.

Por essa razão, a jurisprudência, impulsionada pela doutrina, em notável atividade construtiva, acabou por ampliar o conceito de subordinação, e, consequentemente, expandiu o manto protetivo do Direito do Trabalho, ao longo do século XX e até meados do final da década de 1970. Esse período coincidiu com a própria "era de ouro" do capitalismo nos países desenvolvidos ocidentais, nos quais foram consolidados modelos de Estados de Bem-Estar Social(1).

As transformações ocorridas nas últimas décadas, notadamente os avanços tecnológicos, a reestruturação empresarial e o aumento da competitividade, inclusive no plano internacional, geraram mudanças no mundo do trabalho. Um número cada vez maior de relações trabalhistas — sobretudo aquelas presentes nos novos setores, como as prestações de serviços nos campos da informação e da comunicação —, se afasta progressivamente da noção tradicional de subordinação, apresentando, aparentemente, traços de autonomia. Do mesmo modo, o poder empregatício se exerce de maneira mais sutil, indireta, por vezes quase imperceptível.

Em razão dessa aparente autonomia, tais trabalhadores não se enquadram na noção tradicional de subordinação, sendo qualificados como autônomos. O resultado é que eles continuam sem liberdade, como no passado, mas passam a ter que suportar todos os riscos, advindos da sua exclusão das tutelas trabalhistas. Percebe-se, assim, que a manutenção do conceito tradicional de subordinação leva a grandes distorções, comprometendo a própria razão de ser e missão do Direito do Trabalho; por isso a ampliação desse conceito é uma necessidade premente e inadiável.

Todavia, paradoxalmente, no momento em que a expansão da subordinação se tornou mais imprescindível, ela passou a ser restringida, reduzida, por obra da jurisprudência, do legislador e da doutrina. Essa tendência, observada, sobretudo, a partir do final da década de 1970, se insere em um fenômeno ainda maior — a tentativa de desregulamentação do Direito do Trabalho — que encontra fundamento na ascensão e hegemonia da doutrina ultraliberal, ocorrida na mesma época.

2. O conceito de parassubordinação no Direito italiano

Nesse contexto, destaca-se a criação da figura do trabalhador parassubordinado na Itália e de figuras análogas em outros países europeus. Trata-se, em linhas gerais, de trabalhadores que, embora não sejam subordinados (são juridicamente autônomos), são hipossuficientes, pois que dependem economicamente do tomador dos seus serviços. Em razão disso, fazem jus a alguns dos direitos previstos pelas legislações trabalhista e previdenciária. À primeira vista, trata-se de um avanço, pois se confere uma maior proteção a trabalhadores que dela não gozavam. Tratar-se-ia da ampliação do âmbito pessoal de incidência de algumas normas trabalhistas, conforme sustentam os seus defensores. Na realidade, todavia, o efeito produzido é exatamente o contrário.

(1) *Vide* DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

Digitalizado com CamScanner

A figura da parassubordinação, embora encontre a maior elaboração legislativa, jurisprudencial e doutrinária na Itália, pode também ser encontrada em outros países europeus, embora em menor extensão e com diversa configuração. Na maioria dos casos, apresenta-se sob a forma da aplicação parcial (na verdade, bastante reduzida) do Direito do Trabalho a trabalhadores considerados juridicamente autônomos, mas economicamente dependentes[2].

A relação de trabalho parassubordinado foi definida pela primeira vez no Direito italiano pelo art. 2º, da Lei n. 741, de 1959, o qual mencionava "relações de colaboração que se concretizem em prestação de obra continuada e coordenada". Posteriormente, foi prevista pelo art. 409, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC), com a reforma efetuada pela Lei n. 533, de 11 de agosto de 1973. Esse dispositivo estendia o processo do trabalho às controvérsias relativas a "relações de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração que se concretizem em uma prestação de obra continuada e coordenada, prevalentemente pessoal, ainda que de caráter não subordinado".

O Decreto-Legislativo (DL) n. 276, de 2003, conhecido como "Decreto Biagi", em seu art. 61, ao prever a figura do trabalho parassubordinado a projeto, faz referência ao art. 409, § 3º, do CPC, mencionando expressamente as "relações de colaboração coordenada e continuada, prevalentemente pessoal e sem vínculo de subordinação", mais conhecidas como "co.co.co.".

Com a edição do "Decreto Biagi", as relações de trabalho parassubordinado, para serem válidas, devem se enquadrar em um "contrato de trabalho a projeto", o qual ficou conhecido como "co.co.pro." (colaboração coordenada continuada a projeto). Todavia, é excluída da nova disciplina uma série de hipóteses, como os colaboradores da Administração Pública, para os quais ainda é válida a estipulação de relações de colaboração continuada e coordenada fora do âmbito do contrato a projeto, e, assim, por tempo indeterminado.

Na essência, a diferença entre a "co.co.co." e a "co.co.pro." é que nessa última o tomador de serviços deve especificar o "projeto" em que o trabalhador irá atuar. Todavia, a noção de projeto é extremamente ampla, vaga e imprecisa, permitindo o enquadramento das mais diversas atividades e modalidades de execução. Além disso, não há no DL n. 276/03 uma norma que proíba a renovação continuada do "co.co.pro.", o que possibilita a "perpetuação" dessa forma contratual precária, por meio de uma série de renovações encadeadas uma à outra, indefinidamente, inclusive em relação a projetos ou programas análogos[3].

(2) *Vide* PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de emprego*: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico. 2008. Dissertação (Mestrado) — Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

(3) PERULLI, Adalberto. Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana. In: *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVII, n. 04, p. 731-752, out./dez. 2006. p. 747-748.

Segundo o entendimento majoritário, qualquer prestação laborativa pode se enquadrar no tipo da parassubordinação, desde que apresente os seus pressupostos ou requisitos: a coordenação, a continuidade e a prevalente pessoalidade. O requisito da prevalência (e não exclusividade) da atividade pessoal é compatível com a utilização de meios técnicos e de colaboradores, desde que a prestação do interessado permaneça decisiva e não limitada à mera organização de bens, instrumentos e do trabalho alheio. Observa-se que a atenuação do requisito da pessoalidade já havia sido prevista pelo legislador italiano no próprio seio da relação de emprego, no que tange ao trabalhador em domicílio, que não deixa de ser empregado pelo fato de contar com a colaboração acessória de membros da sua família (art. 1º da Lei n. 877/1973).

No que tange à continuidade, ela é entendida como a estabilidade, a não eventualidade e a reiteração no tempo da prestação. Não é necessária uma repetição ininterrupta de encargos, sendo suficiente, por exemplo, um único contrato de duração razoável, pois o que conta é a permanência no tempo da colaboração. Considera-se, assim, excluído o requisito no caso de execução de uma obra isolada ou episódica.

O requisito mais difícil de ser interpretado e definido é a coordenação da atividade do prestador, a qual constitui o cerne, a pedra de toque da parassubordinação, diferenciando-a da subordinação. De acordo com o entendimento jurisprudencial, a coordenação consiste na "sujeição do prestador às diretrizes do tomador com relação às modalidades da prestação, sem, todavia, que ela se transforme em regime de subordinação". Assim, a coordenação pode se exteriorizar nas formas mais variadas, incidindo, inclusive, sobre o conteúdo, o tempo e o lugar da prestação laborativa, desde que não se transforme na heterodeterminação dessa última, mediante ordens e controles penetrantes sobre as suas modalidades de execução, pois que, nesse caso, resta configurada a subordinação[4].

3. Os verdadeiros efeitos da parassubordinação

Percebe-se, assim, que, no fim das contas, a distinção entre as duas hipóteses — subordinação e parassubordinação — se baseia na intensidade do poder diretivo do tomador de serviços. Quando este é mais intenso e constante, determinando em detalhes o conteúdo da prestação (além de aspectos relativos ao tempo e lugar em que esta ocorre), está-se diante da subordinação; quando o poder diretivo é menos intenso, expressando-se por meio de instruções mais genéricas, configura-se a parassubordinação.

Assim, a plena diferenciação entre os dois conceitos somente é possível caso se adote uma concepção mais restrita de subordinação, que a identifique com a heterodireção patronal forte e constante da prestação laborativa em seus diversos aspectos, o que corresponde à noção clássica ou tradicional do conceito. De fato, caso se adote uma acepção mais ampla e extensiva de subordinação, as duas figuras acabam se confundindo.

Desse modo, a introdução legislativa da parassubordinação levou a doutrina e a jurisprudência dominantes a identificarem a subordinação com a sua acepção clássica e

(4) PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999. p. 852.

Digitalizado com CamScanner

restrita, pois é a única forma de diferenciá-las. Passaram a ser enquadrados como parassubordinados trabalhadores que, caso não existisse essa figura, seriam considerados subordinados, verdadeiros empregados, fazendo jus não apenas a alguns poucos, mas a todos os direitos trabalhistas e previdenciários. Por outro lado, a parassubordinação atua como obstáculo à expansão do conceito de subordinação, pois esta levará à sobreposição das duas figuras, tornando inócuos os dispositivos legais que a introduziram.

A parassubordinação, na realidade, encobre ou mascara a redução operada no conceito de subordinação. Quando se afirma que o trabalhador é parassubordinado, é como se dissesse que, sem essa figura, ele seria considerado autônomo, não tendo direito trabalhista algum, então aquela propicia ao menos que lhe sejam conferidas algumas tutelas. Mas, na verdade, se a parassubordinação não existisse, ele seria considerado um empregado, sendo protegido integralmente — e não parcial e insuficientemente — pelo Direito do Trabalho.

4. A insuficiência dos direitos e garantias aplicáveis aos parassubordinados

Os direitos trabalhistas aplicáveis aos trabalhadores parassubordinados formam um conjunto bastante modesto, sendo muito inferior, quantitativa e qualitativamente, àquele previsto para os empregados. Tais direitos compreendem: aplicação do processo do trabalho (art. 409, § 3º, do CPC); da disciplina especial sobre os juros e correção monetária dos créditos trabalhistas (art. 429, § 3º, do CPC); da disciplina das renúncias e transações (art. 2.113, do Código Civil de 1942); do regime fiscal do trabalho subordinado (art. 47, § 1º, "c" bis, do Decreto n. 917, de 1986). Inclui ainda: a cobertura previdenciária da aposentadoria[5] e da maternidade[6] e os auxílios familiares[7] (art. 2º, § 26 e ss., da Lei n. 335, de 1995; art. 1º, § 212 e ss., da Lei n. 662, de 1996; art. 59, § 16, da Lei n. 449, de 1997; art. 80, § 12, da Lei n. 388, de 2000; art. 64 do DL n. 151, de 2001); o seguro obrigatório contra os acidentes do trabalho e as doenças profissionais (art. 5º do DL n. 38, de 2000) e o reconhecimento da liberdade sindical e do direito de greve[8].

(5) O trabalhador parassubordinado deve se inscrever em uma gestão específica junto ao INPS, financiada por contribuições, na razão de 2/3 a cargo do tomador e 1/3 a cargo do trabalhador, que são recolhidas pelo primeiro. In: CGIL. *Lavoro nero, lavoro precario*. Guida ai diritti e alle tutele. Roma: CGIL, 2006. p. 36.

(6) Durante a licença-maternidade, de 5 meses, a trabalhadora recebe um benefício previdenciário, correspondente a 80% da renda média diária por ela percebida, e lhe é permitido trabalhar. O valor desse benefício acaba sendo muito baixo, uma vez que calculado sobre a remuneração da trabalhadora parassubordinada que, em média, é baixa, pois não é garantida pelo princípio da suficiência da remuneração (art. 36, §1º, da Constituição). Por isso até se permite que ela trabalhe durante a licença, uma vez que é a forma de integrar a sua renda, para que esta atinja um patamar suficiente.

(7) Os auxílios ao núcleo familiar são ajudas econômicas às famílias de baixa renda. Para a sua percepção, no caso do parassubordinado, é necessário que ao menos 70% da renda da família seja oriunda desse trabalho.

(8) VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro*. II rapporto di lavoro. 4. ed. Padova: CEDAM, 2004. v. 2, p. 19-20.

Com exceção dos direitos acima citados, não se aplicam aos parassubordinados as tutelas previstas pela ordem jurídica aos empregados[9], tais como: o direito a uma remuneração suficiente, previsto pelo art. 36, § 1º, da Constituição[10]; o direito à correção monetária e ao privilégio em relação aos juros, após a abertura do procedimento de execução concursal[11]; o direito previsto no art. 2.126, do Código Civil de 1942 (CC/42), que consagra a denominada teoria trabalhista das nulidades, assegurando ao trabalhador a percepção de todos os direitos relativos ao período em que prestou a sua atividade, anteriormente à invalidação do contrato[12]; o direito previsto no art. 2.125, do CC/42 (conforme entendimento jurisprudencial majoritário), que impõe limites ao estabelecimento do pacto de não concorrência, relativo a período posterior à cessação do contrato de trabalho; direito à disciplina sobre as funções laborativas prevista no art. 2.103, do CC/42[13].

Também não se aplicam aos parassubordinados: o impedimento do curso do prazo prescricional durante a vigência da relação de trabalho[14]; os privilégios previstos pela ordem jurídica aos créditos do empregado sobre os bens do empregador[15]; o seguro-desemprego[16]; a tutela da atividade sindical nos locais de trabalho, fortemente

(9) Gianni Loy observa que "a denominada 'colaboração coordenada e continuada' é uma forma de trabalho autônomo, quase carente de tutela, que em poucos anos alcançou, na Itália, o número de dois milhões e meio de contratos, dos quais mais da metade configura uma indiscutível relação de caráter subordinado"; trata-se, assim, de "uma forma de trabalho que, na realidade, acabou por legalizar o uso de um contrato autônomo em atividades típicas do trabalho subordinado (...) a transformação de trabalhadores subordinados em trabalhadores autônomos quase que os priva por completo de toda a proteção". LOY, Gianni. El dominio ejercido sobre el trabajador. In: *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoria y Practica*, Madrid, La Ley, n. 2, p. 165-189, 2005. p. 175-176. Tradução nossa.

(10) Esse entendimento foi firmado pela Corte de Cassação, como nas decisões ns. 2.491, de 17 de abril de 1984; 224, de 16 de janeiro de 1986; 1.245, de 9 de março de 1989; 3.532, de 27 de abril de 1990; 13.941, de 21 de outubro de 2000, bem como pela Corte Constitucional, na Decisão n. 121, de 29 de março de 1993. *Repertorio del Foro Italiano*. Formato de CD-Rom.

(11) *Vide* a decisão da Corte Constitucional n. 226, de 20 de abril de 1989. *Repertorio del Foro Italiano*. Formato de CD-Rom.

(12) *Vide* decisões da Corte de Cassação nas decisões ns. 1.613, de 1989; 9.277, de 3 de setembro de 1993; 8.471, de 21 de junho de 2000; 12.259, de 27 de novembro de 1995; e 3.496, de 25 de março de 1995. *Repertorio del Foro Italiano*. Formato de CD-Rom.

(13) Esse dispositivo prevê que devem ser atribuídas ao trabalhador as funções para as quais ele foi contratado e, no caso de atribuição de funções superiores, ele tem direito ao tratamento normativo correspondente à atividade efetivamente exercida. Além disso, o obreiro não pode ser transferido de uma unidade produtiva a outra senão por comprovadas razões técnicas, organizativas e produtivas. Todo pacto contrário a esse dispositivo é considerado nulo. Essa norma de grande relevo não se aplica aos parassubordinados, como afirmado pela Corte de Cassação na decisão n. 3.089, de 3 de abril de 1996. *Repertorio del Foro Italiano*. Formato de CD-Rom.

(14) *Vide* a decisão da Corte de Cassação n. 13.323, de 25 de outubro de 2001. *Repertorio del Foro Italiano*. Formato de CD-Rom.

(15) O privilégio geral sobre os bens móveis do patrão, previsto no art. 2751*bis*, § 1º, do CC/42, foi considerado inaplicável aos parassubordinados pela Corte de Cassação, na decisão n. 2.420, de 21 de março de 1996. *Repertorio del Foro Italiano*. Formato de CD-Rom.

(16) CGIL. *Lavoro nero, lavoro precario*. p. 39.

Digitalizado com CamScanner

assegurada pelo Estatuto dos Trabalhadores (Lei n. 300, de 1970)[17]; o direito à formação, de modo que, caso queiram se manter atualizados e competitivos no mercado de trabalho, são obrigados a custeá-la.

Além de ser excluído de todos os direitos acima mencionados, o parassubordinado também não conta com a proteção contra a dispensa imotivada, podendo o seu contrato ser cessado "*ad nutum*", conforme ressaltado pela Corte de Cassação na Decisão n. 4.849, de 25 de maio de 1996[18]. Demais disso, ele não entra na contagem do número mínimo de trabalhadores da empresa necessário para a aplicação do regime da tutela real, que prevê a reintegração do obreiro dispensado imotivadamente (art. 18, do Estatuto dos Trabalhadores)[19]. Assim, por meio da parassubordinação, a empresa atinge dois objetivos: a) os parassubordinados não contam com a proteção contra a dispensa imotivada; b) eles servem para reduzir o número de empregados da empresa, para que estes não tenham direito à tutela real, mas apenas àquela indenizatória.

Hão de se mencionar, ainda, as restrições normativas impostas aos parassubordinados no que tange à denominada "totalização das contribuições para a aposentadoria". Por meio desta, os diferentes períodos de trabalho nos quais foi recolhido um certo número de contribuições a diversas caixas previdenciárias são somados para se obter uma única aposentadoria. Os parassubordinados inscritos na gestão específica do INPS podem requerer a totalização, desde que: tenham no mínimo 20 anos de contribuição e 65 anos de idade ou 40 anos de contribuição independentemente da idade; o pedido de totalização deve ser relativo a todos os períodos de contribuição, em sua integralidade; é possível totalizar os períodos de contribuição em cada caixa previdenciária apenas se iguais ou superiores a 6 anos. Considerando que a atividade dos parassubordinados é caracterizada por períodos de não trabalho e, assim, de ausência de contribuições, na prática, esses vínculos e limites impostos pela lei excluem grande parte desses obreiros do direito à totalização[20].

Desse modo, levando em conta as restrições acima descritas, aliadas à baixa remuneração desses trabalhadores, à descontinuidade na carreira, às jornadas de trabalho reduzidas e, consequentemente, à limitação no valor das contribuições previdenciárias recolhidas, é difícil que os parassubordinados consigam se aposentar de forma decente, com a percepção de um provento de valor razoável[21].

(17) A ação de repressão à conduta antissindical (art. 28, do Estatuto dos Trabalhadores), por exemplo, não se aplica aos parassubordinados, consoante o entendimento esposado pela Corte Constitucional na decisão n. 241, de 17 de dezembro de 1975. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/> Acesso em: 21 jun. 2007.

(18) No mesmo sentido é a decisão do Tribunal de Avezzano, de 31 de janeiro de 2006, F. C. v. Regione Abruzzo. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 2006, Roma, Il Foro Italiano, 2007. p. 1570.

(19) *Vide* a decisão do Tribunal de Turim, de 5 de abril de 2005, segundo a qual somente os trabalhadores subordinados são computados nessa contagem. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 2005, Roma, Il Foro Italiano, 2006. p. 1558.

(20) CGIL. *Lavoro nero, lavoro precario*. p. 39-40.

(21) *Ibidem*, p. 41.

O trabalho parassubordinado, sendo destituído de tutelas fundamentais, mostra-se bastante conveniente aos olhos do empregador. Ele acaba servindo de "via de fuga" da relação de emprego e da consequente aplicação das normas trabalhistas[22]. Não por acaso, a "Confederazione Generale Italiana del Lavoro" (CGIL), maior central sindical italiana, é contrária à parassubordinação, pois os empregadores terão, evidentemente, todo o interesse em recorrer a esses colaboradores, cujo custo atualmente é cerca da metade daquele ligado à relação de emprego. O grande risco — que se está concretizando — é a multiplicação desses "falsos autônomos", que irão aumentar ainda mais as fileiras dos "trabalhadores pobres" ("*working poors*")[23].

5. A parassubordinação como forma de discriminação

Dessa forma, com exceção dos direitos acima citados, não se aplicam aos trabalhadores parassubordinados as tutelas previstas pela ordem jurídica aos empregados. A Corte Constitucional italiana, em especial nas Decisões n. 226, de 20 de abril de 1989, e n. 365, de 24 de julho de 1995, considerou essa enorme disparidade de tratamento legítima em razão da diversidade dos tipos legais da subordinação e da parassubordinação. Todavia, como vimos acima, trata-se de uma diversidade artificialmente (senão artificiosamente) construída, a partir da clara redução do conceito de subordinação. Além disso, essa suposta diferença entre as duas figuras não é um motivo razoável para justificar a diversidade de tutelas, o que configura, em verdade, violação ao princípio da isonomia, consagrado pelas Constituições democráticas.

O princípio da isonomia, de acordo com as lições desenvolvidas pioneiramente pelo jurista alemão Leibholz, deriva do princípio geral da justiça e consiste na interdição do arbítrio[24]. Para o autor, o princípio cumpre uma função fundamental, como forma de realização da democracia, devendo presidir a atuação do Estado em todos os níveis,

(22) *Vide* CALZARONI, Manlio; RIZZI, Roberta; TRONTI, Leonello. L'uso dei collaboratori coordinativi e continuati da parte delle imprese italiane: evidenze statistiche dalle fonti amministrative. In: *Economia & Lavoro*, Roma, Donzelli, ano XXXVIII, n. 02-03, p. 79-89, maio/dez. 2004.

(23) "Pesquisas realizadas nos países europeus confirmaram que a origem do trabalho autônomo economicamente dependente se encontra no próprio trabalho subordinado clássico (...) as empresas utilizam o 'outsourcing' para atividades que anteriormente eram exercidas por trabalhadores subordinados (...) sobretudo no setor dos serviços (restaurantes, hotel, alimentação, mídia, ITC, *marketing*, propaganda, mundo artístico, espetáculos, administração e contabilidade, serviços sociais), mas também em setores mais tradicionais como os transportes, a construção civil e o trabalho em domicílio". De fato, em muitos casos, o "trabalho autônomo é certamente uma condição profissional imposta ao sujeito. Na literatura alemã falou-se em trabalhadores autônomos de 'terceira geração' para indicar aqueles obreiros da ex-Alemanha Oriental obrigados a tentar a aventura da autonomia após a unificação (...) Evidentemente esses trabalhadores entram no quadro de uma 'economia da necessidade' e não naquele de uma economia da autorrealização." PERULLI, Adalberto. Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi. In: *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LIV, n. 01, p. 221-270, jan./mar. 2003. p. 225-226 e 229. Tradução nossa.

(24) LEIBHOLZ. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. Berlim, 1925 *apud* DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 77.

Digitalizado com CamScanner

limitando, inclusive, a discricionariedade do legislador: "os direitos fundamentais, nos quais se inclui o princípio da isonomia, precedem o momento legislativo, pelo que a atuação legislativa deveria, consequentemente, conformar-se com o sentido de tal princípio"[25]. De fato, todos os atos de Direito devem se assentar numa razão necessária, ou, ao menos, em uma razão suficiente, consistindo o ato jurídico arbitrário "numa motivação ou na procura de uma finalidade estranha à situação objetiva"[26].

Nesse sentido, por imposição do princípio da isonomia, a paridade ou a diferenciação operada pelo legislador deve se assentar em uma base efetiva de justificação, em uma razão necessária, suficiente, em um motivo atendível. Esse entendimento foi adotado pela jurisprudência alemã já na década de 1920; em uma decisão do "Reischgericht", de 04 de novembro de 1925, com relação a um diploma legal, afirmou-se que "uma diferença de tratamento que não tivesse por base uma justificação razoável seria arbitrária e violaria o princípio da isonomia"[27].

A doutrina de Leibholz, no entanto, veio realmente a ser consagrada pela jurisprudência alemã após a queda do regime nazista e a promulgação da Constituição de Bohn, em 1949. A Corte Constitucional, em decisão datada de 23 de outubro de 1951, afirmou que: "O princípio da isonomia é violado quando não conseguimos encontrar, na base de uma diferença ou de uma igualdade de tratamento legal, uma justificação razoável, resultante da natureza das coisas ou de uma qualquer outra razão objetivamente plausível, pois, quando assim acontece, a disposição deve ser considerada arbitrária". A Corte entendeu, assim, que o princípio da isonomia implica que qualquer diferença ou semelhança de tratamento deve ser justificada por uma razão objetiva suficiente, sob pena de essa medida se configurar como arbitrária e, assim, juridicamente inválida[28].

Consoante a jurisprudência alemã, a ideia de "razão objetiva suficiente", como corolário lógico do princípio da isonomia, deve ser respeitada, quer quando se trate de uma norma que diferencie, quer quando se trate de uma norma que confira uma disciplina paritária. Tanto a diferença quanto a igualdade de tratamento devem ser assentadas em razões objetivas, em motivos plausíveis. Essa dupla vertente do princípio da isonomia foi sedimentada pelos juízes alemães como "a obrigação de não tratar o

(25) "O critério que em última instância permite determinar o que é ou não é arbitrário (isto é, 'justo'), não pode ser fixado à partida, vivendo no campo do mutável historicamente e sendo ditado pela consciência jurídica de cada época (...) a justiça, como outros valores, está indissoluvelmente ligado à própria vida social (...) encontrando-se em perpétua evolução." DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*, p. 78 e 80.

(26) LEIBHOLZ. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. Berlim, 1925. p. 91 *apud* DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*, p. 80.

(27) Entsch. des Reichsgerichts in Ziv., t. 111, p. 320 e ss. *apud* DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*, p. 82.

(28) "Vimos já, aliás, que para Leibholz o princípio da igualdade significava a proibição do arbítrio, assim como já adiantamos que após 1949 a jurisprudência alemã atuou no mesmo sentido." DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*, p. 84-86.

que é essencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, e de não tratar o que é essencialmente desigual de forma arbitrariamente igual"[29].

O legislador não pode, assim, tratar aquilo que é essencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, o que pode e deve ser averiguado em sede de controle de constitucionalidade das leis, o qual, na maioria dos países democráticos, como o Brasil, a Alemanha e a Itália, é da competência do Poder Judiciário.

Pelo exposto acima, podemos concluir que o princípio da isonomia consiste na proibição do arbítrio, o que significa que deve haver uma razão objetiva, razoável, para que se proceda à diferenciação. Essa proibição se dirige a todos os níveis da atuação estatal, inclusive ao legislador. Aplicando esse raciocínio ao presente caso, temos que não existe uma razão suficiente, dotada de razoabilidade, para criar a figura do trabalhador parassubordinado, atribuindo-lhe um patamar de tutelas inferior àquele garantido aos empregados.

Como vimos, a diferença entre as duas categorias reside na heterodireção forte (sujeição do trabalhador a ordens patronais constantes e específicas, acerca dos diversos aspectos da prestação laborativa), que estaria presente na relação de emprego, mas não na relação de trabalho parassubordinada. Ora, essa diferença não justifica a disparidade de tratamento, pois a razão de ser das tutelas trabalhistas reside não nesse elemento, mas sim na hipossuficiência do obreiro, a qual se faz presente tanto nas relações empregatícias quanto naquelas parassubordinadas. Desse modo, a diferença de tratamento, sem uma razão suficiente para justificá-la, consiste em verdadeiro arbítrio, com consequente violação ao princípio da isonomia. Esse princípio — que é assegurado pelas atuais Constituições democráticas, como a brasileira, a alemã e a italiana — deve necessariamente ser respeitado pelo legislador.

Nesse sentido, ao criar a figura da parassubordinação, com a correlata atribuição de um patamar inferior de direitos, o legislador viola o princípio da isonomia, e, consequentemente, a própria Constituição. Por isso afirmamos que uma eventual lei que introduzisse essa figura no Direito brasileiro seria inconstitucional, por violação direta a esse princípio, consagrado pelo art. 5º, *caput*, da Carta Magna de 1988. Configuraria verdadeira discriminação, a qual é vedada expressamente pela Lei Maior em seu art. 3º, IV. Cumpre notar que esse dispositivo constitucional traz uma noção ampla de discriminação, a qual não se limita apenas aos fatores expressamente mencionados (origem, raça, sexo, cor e idade), mas abrange "quaisquer outras formas de discriminação".

A discriminação consiste, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, em uma "conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada"[30].

(29) A Corte Constitucional alemã, em decisão datada de 1953, cuidou de esclarecer a definição de arbítrio: "desadequação objectiva e manifesta da medida legislativa à situação de facto que ela visa regular". DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*, p. 85 e 87.

(30) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 774.

Digitalizado com CamScanner

Por meio da parassubordinação, atribui-se a determinados trabalhadores um patamar de tutelas bastante inferior àquele assegurado aos empregados, sem um motivo suficiente para justificá-lo, o que configura verdadeira discriminação. De fato, a razão de ser das normas trabalhistas não é a presença de uma heterodireção patronal forte e constante sobre a prestação laborativa, mas sim a hipossuficiência do obreiro. Esta se faz presente tanto no caso dos empregados quanto na hipótese dos trabalhadores parassubordinados, razão pela qual a diferença de tratamento entre eles não se justifica, configurando verdadeira discriminação.

6. Conclusão

Pelo exposto, resta claro que a parassubordinação gerou resultados diametralmente opostos àqueles sustentados por seus defensores. Estes afirmavam que ela seria uma forma de estender parte da proteção do Direito do Trabalho a trabalhadores autônomos, que dela são excluídos. Mas, na verdade, ela ocasionou a restrição do conceito de subordinação, reduzindo-o à sua noção clássica ou tradicional. Disso resultou que trabalhadores tradicionalmente — e pacificamente — enquadrados como empregados passaram a ser considerados parassubordinados, sendo, assim, privados de direitos e garantias trabalhistas.

Foram estendidas pouquíssimas tutelas aos parassubordinados e, mesmo assim, em entidade bastante inferior às correspondentes aplicáveis aos empregados. O resultado é que o custo de um trabalhador parassubordinado é muito inferior àquele de um empregado, o que torna a figura uma via preferencial de fuga ao Direito do Trabalho. Assim, sob a aparência de ampliativa e protetora, a figura é, na essência, restritiva e desregulamentadora. É exatamente o oposto da tendência expansionista necessária para a realização das finalidades e objetivos do Direito do Trabalho.

A razão de ser das tutelas trabalhistas não é a presença de uma heterodireção patronal forte e constante sobre a prestação laborativa, mas sim a hipossuficiência do obreiro. Esta se faz presente tanto nas relações empregatícias, quanto naquelas parassubordinadas, razão pela qual a diferença de tratamento entre elas não se justifica, configurando verdadeira discriminação.

Por tais razões, discordamos totalmente da sua instituição no Direito brasileiro. Em regra, os doutrinadores nacionais se inspiram no Direito estrangeiro, sobretudo naquele de países desenvolvidos, como a Itália, para propor o aperfeiçoamento e o avanço da ordem jurídica brasileira. Mas a análise do Direito estrangeiro também é muito útil para nos fornecer "contraexemplos", isto é, aquilo que não deve ser implementado na nossa realidade. A instituição da parassubordinação no Brasil afrontaria a própria Constituição Federal de 1988. De fato, como demonstrado acima, restaria violado o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*), configurando-se verdadeira discriminação, ao arrepio da vedação constante do art. 3º, IV, da Carta Magna.

A par disso, a Lei Maior, ao valorizar o trabalho como meio essencial à realização da dignidade da pessoa humana e à busca de maior justiça social (art. 1º, III e IV, art. 3º, I, III

e IV, arts. 6º e 7º, art. 170, *caput* e incisos VII e VIII, art. 193), veda terminantemente o retrocesso nas condições laborativas no País (art. 3º, II, e art. 7º, *caput*), retrocesso este que seria provocado pela introdução da parassubordinação, como nos mostra claramente o exemplo italiano[31].

Referências bibliográficas

ALLEVA, Piergiovanni. Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. In: GUEZZI, Giorgio (Coord.). *La disciplina del mercato di lavoro. Proposte per un testo unico*. Roma: EDIESSE, 1996.

CALZARONI, Manlio; RIZZI, Roberta; TRONTI, Leonello. L'uso dei collaboratori coordinativi e continuati da parte delle imprese italiane: evidenze statistiche dalle fonti amministrative. In: *Economia & Lavoro*, Roma, Donzelli, ano XXXVIII, n. 02-03, p. 79-89, maio/dez. 2004.

CONFEDERAZIONE GENERALE ITALIANA DEL LAVORO. *Lavoro nero, lavoro precario. Guida ai diritti e alle tutele*. Roma: CGIL, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

LOY, Gianni. El dominio ejercido sobre el trabajador. In: *Relaciones Laborales: Revista Critica de Teoria y Practica*, Madrid, La Ley, n. 02, p. 165-189, 2005.

PERULLI, Adalberto. Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana. In: *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVII, n. 04, p. 731-752, out./dez. 2006.

_____. Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi. In: *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LIV, n. 01, p. 221-270, jan./mar. 2003.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de emprego:* desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico. 2008. Dissertação (Mestrado) — Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

REIS, Daniela Muradas. *Contributo ao direito internacional do trabalho:* a reserva implícita ao retrocesso sociojurídico do trabalhador nas convenções da Organização Internacional do Trabalho. 2007. Tese (Doutorado) — Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 2005, Roma, Il Foro Italiano, 2006.

REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 2006, Roma, Il Foro Italiano, 2007.

REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, formato de CD-Rom, consultado na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Roma "Tor Vergata".

VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro*. Il rapporto di lavoro. 4. ed. Padova: CEDAM, 2004. v. 2.

(31) *Vide* REIS, Daniela Muradas. *Contributo ao direito internacional do trabalho:* a reserva implícita ao retrocesso sociojurídico do trabalhador nas convenções da Organização Internacional do Trabalho. 2007. Tese (Doutorado) — Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

Digitalizado com CamScanner

Uma outra Conversa sobre Direitos Humanos, Cultura da Violência e Discriminação: o Discurso das Violações e a Utopia de uma Cultura de Paz

EGÍDIA MARIA DE ALMEIDA AIEXE

Ao Dazinho, Mário Bento da Silva, Zilá Sposito, Antônio Lins (em memória), Michel Le Ven, Emely Salazar, Enilde e Antônio Faria, Helena Greco, e toda uma geração de mineiros e "agregados" que fizeram da utopia da Justiça a sua luta, e da luta amorosa a sua vida, por suas insuperáveis lições de sabedoria, fraternidade e respeito à dignidade humana; à Sra. Onofra (Comunidade do Vilarinho), Joaninha (Comunidade do Morro Alto), Irmã Wilma (Pastoral da Mulher Marginalizada), e todas pessoas que dedicam suas vidas à sua comunidade; ao Carlos Magno Fonseca (Movimento LGBT), Walter, Samuel e Anita (Movimento de População de Rua), aos membros do Fórum Mineiro de Direitos Humanos e demais militantes, por ousarem sorrir, sonhar e trabalhar para que o ódio e indiferença não prevaleçam sobre a utopia da justiça e da paz.

Direitos humanos, entre a cultura da discriminação e a cultura da justiça e paz: novas perguntas para velhos problemas. Sobre temas como direitos humanos, discriminação e violência, há quem pense que sabe muito (alguns acadêmicos, pesquisadores, cientistas, jornalistas, comunicadores, etc.), os que pensam que não sabem nada (algumas pessoas e grupos que vivem situações de discriminação/violação de direitos, e pessoas com baixos índices de informação ou escolaridade), e os que sabem que nunca saberão o bastante (alguns militantes, pesquisadores e profissionais de entidades e instituições de defesa e promoção de direitos, em luta pela conquista da cidadania de pessoas e grupos que são alvo de discriminação e violação de direitos).

De outro lado, há aqueles que não se preocupam em tentar saber o mínimo a respeito, pois julgam que o que pensam sobre a realidade é o suficiente, e o que pensam é que os direitos humanos traduzem a defesa da criminalidade ou da impunidade, e, portanto, não merecem sequer ser considerados numa pauta no conjunto das Políticas Públicas, ou no cerne das preocupações sociais. Também não demonstram perceber alguma associação entre discriminação e violência. Muitos destes, por vaidade ou ignorância,

ou ambos, acreditam que assim pensam porque veem e compreendem a realidade através de lentes neutras, ou constituídas por eles próprios, a partir de seus valores particulares. Desconsideram o papel da cultura na constituição do sujeito e na reprodução social.

O termo *cultura*, como outros não problematizados porque aparentemente óbvios, pode ser entendido como o "... conjunto de pressupostos básicos com os quais ajuizamos o mundo e nosso sentido no mundo, assim como esse conjunto de elementos superestruturais como a linguagem, o sociopolítico, o axiológico, o religioso, o econômico, e tudo quanto de feitura humana faz parte do meio em que vivemos"(1).

A cultura não é, pois, algo de que se possa desertar. Ou seja, nossa visão de mundo, constituída de crenças, valores, concepções a respeito de uma questão aparentemente simples da realidade vivida, é construída a partir de elementos extraídos da tradição religiosa, familiar, comunitária, entre outras, ou de sua negação, contestação ou contraposição. Até mesmo a ruptura com a tradição e aceitação da imprevisibilidade, como o preço a pagar pelo sucesso dos projetos individuais nessa sociedade "pós-moderna" de que trata Heller(2), são mediadas pela relação do indivíduo com a cultura.

Além de inescapável, a cultura não é neutra. Nossa visão de mundo foi moldada por lentes da educação e/ou da formação moral, de que são transmissores: a família, a escola, a comunidade/grupo social, a igreja/religião, os meios de comunicação de massa, instrumentos de transmissão de valores — que nada têm de neutros —, e posteriormente mergulhada nos padrões e moldes da cultura predominante, dos quais não saiu incólume. Ambos os processos (de aquisição e assimilação, bem como de reconstrução de informações, saberes, crenças e valores), ao contrário do que anunciam, possuem contornos claros de classe social, etnia, sexualidade, gênero, faixa etária, etc., constituídos a partir de horizontes de compreensão hegemônicos ou em processo de luta por afirmação política num dado momento histórico.

Para se falar em direitos humanos, ou qualquer tema relevante para o conjunto da sociedade, é preciso, pois, um esforço de atenção e cuidado, para não se atingir resultado contrário, como veremos. Não é rara a utilização do discurso dos direitos humanos para sustentar ou praticar violações contra eles, a exemplo do movimento de *contrarreforma psiquiátrica*, entre outros, que tentam reverter conquistas fundamentais, usando de recursos e estratégias para manipular a opinião pública em seu favor(3).

(1) *Dicionário de Pensamento Contemporâneo*. Dirig. por Mariano Moreno Villa; revisão Honório Dalbosco e Equipe; tradução coordenada por Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 2000. p. 174-176.

(2) Isto não significa que o indivíduo, nos dias atuais, continue elaborando sua identidade com base nesses ideais, como adverte Heller. Para a autora, "o sucesso dos projetos individuais não é mais garantido pela obediência à tradição, mas pela disposição do sujeito em se adaptar às mudanças de uma sociedade que se autodefine como mundializada e imprevisível em seus rumos". HELLER, Agnes. *Agnes Heller entrevistada por Francisco Hortega*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2002.

(3) O CRP — Conselho Regional de Psicologia, por ocasião do VI Seminário Nacional Psicologia e Direitos Humanos, realizado em jun. /2009 em Brasília, produziu um documento denominado Carta Aberta, com o título "Nenhuma forma de violência vale a pena", no qual denuncia tal discurso, por defender "projetos em saúde mental distanciados dos princípios de saúde pública e da luta antimanicomial, tomando

Digitalizado com CamScanner

Para evitar essas e outras armadilhas, podemos admitir que somos, sim, condicionados por fatores genéticos, sociais e culturais, mas não determinados, como adverte Freire (1996. p. 21)[4] (o que significaria irresponsabilidade pelos nossos atos, pois sem responsabilidade não se pode falar em ética, como ensina o mestre). Enfim, "somos seres programados, mas, para aprender"[5]. Ou, com Tassara (2003. p. 58), praticar um exercício próprio dos filósofos[6], que consiste em nunca se cansar de ignorar, e até mesmo sentir certo prazer em confirmar que se ignora profundamente algo que se acreditava saber. O próximo passo é começar a formular novas perguntas, segundo a máxima: "quando você pensa que sabe todas as respostas, vem a vida, e muda todas as perguntas". Este é o primeiro desafio de quem se preocupa ou se dedica aos problemas da justiça, que tem no seu centro os direitos humanos: fazer novas perguntas para os antigos e insuperados problemas, sem pretender, com isto, encontrar respostas definitivas. Ao contrário, sabendo que é de sua adequada e honesta problematização que se pode alcançar um melhor nível de compreensão. Esta é a proposta desta nossa *conversa*.

Começo de assunto. Nos *últimos* quatorze anos do século XX, a sociedade brasileira procurava superar os traumas deixados pelo regime autoritário e buscava reconstruir seu ordenamento jurídico com bases democráticas. Para os agentes políticos e os movimentos sociais que se organizaram nas lutas pela retomada da democracia, o novo texto constitucional seria o ponto de partida para o (re)nascimento de uma nação livre do arbítrio, no plano interno, e do isolamento político, no plano externo, em que se viu mergulhada por vinte e um anos.

O sistema do Direito teria a missão de traçar os contornos normativos desse "novo" país e suportar o ônus da expectativa de pacificar os conflitos não resolvidos pelo sistema político, como a questão dos mortos e desaparecidos políticos, a anistia para torturadores, o direito à verdade, mediante o resgate da História para toda uma geração que não teve acesso à verdade dos fatos, e o direito à memória, não apenas para os familiares dos mortos e desaparecidos, mas para toda uma sociedade carente de conhecimento e reconhecimento de sua identidade histórica, política, social e cultural.

Mas o período autoritário agravou e deixou, além do legado mais desafiador — as gravíssimas distorções de ordem socioeconômica —, o cenário mais desalentador

equivocadamente os avanços que ainda são necessários nesse campo como falhas que devam ser convertidas num modelo anterior, fortemente denunciado por trabalhadores e usuários de serviços que, coletivamente, inauguraram outras formas de cuidado, valorizando a convivência familiar e comunitária e as possibilidades de escolha autônoma dos sujeitos".

(4) FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia*. Saberes necessários à prática educativa. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

(5) JACOB, François. *Apud* FREIRE, Paulo. *Op. cit.*, p. 27.

(6) Leia-se a respeito deste e de outros pontos aqui desenvolvidos a instigante contribuição de Andrés Ollero Tassara, em palestra proferida na abertura do Congresso sobre Direitos Fundamentais, realizada em Curitiba, em agosto de 1998, para celebrar os 50 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, com o título "50 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: o significado dos direitos fundamentais". In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, abr./jun. 2003, n. 43, p. 57-72.

para uma nascente e ainda frágil democracia: um crônico conjunto de práticas sociais marcadas pelo machismo, racismo, sexismo, homofobia, elitismo, dentre outras formas de posturas discriminatórias nas relações intrafamiliares, no trabalho, na escola, etc.

Para Pinheiro[7], os governos autoritários tiveram tanto sucesso e por um período tão amplo porque exacerbaram certos elementos autoritários presentes na cultura política do país. No mesmo sentido, Carvalho Franco[8] pondera que aquela herança antiga não deve ser atribuída só ao regime de exceção da ditadura militar, uma vez que se trata de arquétipos políticos e ideológicos que percorrem toda a República e que têm origem no período colonial, já que não houve ruptura substancial. Para os autores, com relação ao negro e seus descendentes, houve uma elaboração cultural que continuou depois do fim do domínio colonial direto e da desagregação da escravidão, e, mais tarde, se redefiniu no universo mental, moral e social criado graças ao desenvolvimento do capitalismo, do sistema de classes e às novas formas econômicas de exploração e subalternização. Torna-se claro, concluem, que a modificação que ocorreu no regime político não podia implicar, por si mesma, o desaparecimento das estruturas autoritárias, não dependentes do sistema político. Se aqueles governos não foram os únicos culpados, também não foram inocentes, uma vez que fizeram uso dessas estruturas em seu favor. Mas a questão agora seria outra: teríamos que procurar outros caminhos de reconstrução da nossa *teia* social, mas quais?

Como reação diante da presença dessas práticas sociais, aliadas à impunidade dos violadores de direitos, muitos começaram a questionar se o sistema do Direito, e dentro dele, os direitos fundamentais, que deveriam atuar como escudos contra o arbítrio, a violência e a injustiça, são suficientes ou eficazes para combater tais práticas e fomentar novas relações sociais. (Essa expectativa muito elevada sobre o sistema do Direito produziria efeito desastroso, na medida em que presumia que projetos de lei seriam instrumentos passíveis de constituir o que seria próprio do domínio da ética, deixando-a como que subordinada ao jurídico e ao político). Ao mesmo tempo, aqueles que atuam no campo da defesa e promoção dos direitos humanos viram-se diante do dilema: como reconhecer essas e outras[9] incompletudes e insuficiências sem incorrer no delicado terreno da denominada "hermenêutica da suspeita" (HABERMAS, 2001. p. 149) que, em meio a tantas objeções, tem por vezes funcionado como elemento do discurso e, pior, mais um pretexto para as violações aos direitos humanos? Este é um ponto que abre esse começo de *conversa*.

(7) PINHEIRO, Paulo Sérgio. *The legacy of authoritarianism in democratic Brazil*. XV Congress of the International Political Science Association, Buenos Aires, 1991. *Apud* DAMACENA; ARNAUD. Violência, Sociedade e Cultura. In: *Cadernos CERIS*, ano I, n. 1, 2001, p. 27.

(8) CARVALHO FRANCO, Maria Silva de (*apud* DAMACENA; ARNAUD, 2001. p.15).

(9) Cf. AIEXE, Egídia Maria de Almeida. *Direitos humanos, pluralismo e democracia, entre tradição e modernidade*: dilemas do reconhecimento em sociedades complexas no marco do Estado Democrático de Direito. Dissertação de mestrado. UFMG, 2006.

Digitalizado com CamScanner

O recado dos direitos humanos. Há tempos os movimentos sociais têm procurado chamar a atenção do Poder Público e da sociedade para a constatação de que a violência da criminalidade não acontece apartada dos demais problemas sociais, portanto, não pode ser enfrentada em separado daqueles. Em sua maioria, denunciam a violência da própria ordem econômica e social, na forma da desigualdade social[10] (discriminação social da infame distribuição de renda, de terras e de oportunidades, gerando extremos de pobreza e de riqueza; discriminação do acesso à Justiça, que alimenta um sistema penitenciário desumano e falido, e a falácia de segurança com mais presos e presídios, gerando mais egressos e mais "exclusão" — ou inclusão perversa). Para alguns grupos, particularmente os mais ligados às questões estruturais acima apontadas, nenhuma tentativa ou iniciativa de luta por conquistas parciais ou pontuais pode ser considerada válida ou legítima sem que a violência estrutural seja superada ou eliminada. Nas últimas décadas, a ênfase dos *novos movimentos sociais,* dentro do que se convencionou chamar *demandas pós-socialistas,* alargou-se: a reivindicação de redistribuição socioeconômica teria que somar-se à questão do reconhecimento de identidades, culturas, modos de vida. Nascia um novo debate[11], que passaria a denunciar a dimensão simbólica da violência, presente nas práticas sociais discriminatórias, mas também reivindicar o reconhecimento, visto como requisito para o exercício dos direitos de participação política.

Para Honneth, "... se essa hierarquia social de valores se constitui de modo que ela degrada algumas formas de vida ou modos de crença, considerando-as de menor valor ou deficientes, ela tira dos sujeitos atingidos toda a possibilidade de atribuir um valor social às suas próprias capacidades"[12]. Em suma, a intuição e o recado eram de que a ausência de reconhecimento, além de constituir em si uma violência, ao reduzir a autoestima e produzir danos emocionais aos indivíduos e grupos que a sofrem, compromete a capacidade dos sujeitos de reivindicar e lutar por seus direitos. O discurso dos direitos humanos passou a incorporar termos como autonomia, *empoderamento* dos sujeitos de direitos. Assim, lutar pelo reconhecimento contra a discriminação não será mais visto como secundário em relação ao problema da redistribuição socioeconômica. O problema da discriminação adquire uma dimensão pública, pois afeta a própria democracia.

Uma outra sociedade é possível? Para além do reconhecimento da amplitude e complexidade do problema da violência, há um suposto de que "a tradicional violação de direitos civis por parte das autoridades está ligada à violência praticada nas relações

(10) Na definição formulada por Johan Galtung, estamos diante da violência em situações nas quais o desenvolvimento efetivo da pessoa no plano físico e espiritual torna-se inferior a seu possível desenvolvimento potencial. Desse modo, a violência é definida como a causa da diferença entre realidade e potencialidade (*apud* MENDEZ, Emilio Garcia. *Infância e adolescência na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1998.

(11) Sobre o tema, leia-se FRASER, Nancy. *Social justice in the age of identity politics:* redistribution, recognition and participation. The Tanner lectures of human values. Standford University, April 30, 1996. Entre nós, SOUZA, Jessé. Uma teoria crítica do reconhecimento. In: *Revista de Cultura Política*, São Paulo, Lua Nova, v. 50, 2000, p. 133-158.

(12) HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais.Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 217.

interpessoais proveniente do autoritarismo enraizado". Nesse sentido, negar essa dimensão, advertem Damacena e Arnaud[13], só "agrava a nossa vulnerabilidade frente à violência e acentua o risco de que nos tornemos inconscientes, o que não elimina nossa responsabilidade, ao contrário, revela o quanto podemos nos tornar partícipes de um drama coletivo que se repete inúmeras vezes".

Por sua vez, muitas iniciativas voltadas a esse combate têm privilegiado o papel da coerção e da sanção, e minimizado o enraizamento cultural daquelas práticas, resultando não raro em maior resistência e menor eficácia na tentativa de transformar essa realidade. Projetos de lei prevendo punição para condutas discriminatórias proliferam, mudanças na terminologia são propostas, mas não há quem não reconheça que há um longo caminho a percorrer até que se chegue a um patamar minimamente aceitável em termos de relações interpessoais de respeito entre as pessoas, no trabalho, nas ruas, na família. Sem este patamar, é difícil avançar nas estratégias de combate à violência, e na promoção de uma nova cultura, que produza práticas sociais de respeito, ou de relações não violentas entre pessoas e grupos sociais.

Para tratar temas tão delicados sem empobrecer ou reduzir o debate, vamos trocar algumas linhas de conversa sobre o tema da discriminação, vista como componente da violência que se faz presente em todos os espaços sociais, e seu impacto sobre a promoção e defesa dos direitos humanos. De se ressaltar que as entidades e instituições que atuam na defesa e promoção dos direitos humanos têm cada vez mais procurado focar suas ações na promoção de uma cultura de relações não violentas, que só podem se desenvolver num ambiente de justiça e de paz social. Exemplos dessa perspectiva estão presentes não só em projetos de extensão das Universidades, mas também no Poder Público e nas instituições, como os programas de Conciliação, Mediação de Conflitos[14], Justiça Restaurativa, Escolas de Reconciliação e Perdão, dentre outras iniciativas e projetos que merecem estudo à parte.

Para se ilustrar o tamanho do desafio, pretende-se levantar algumas pistas sobre o fenômeno da discriminação, a partir de relatos de pessoas ou grupos vítimas de violações de direitos, colhidos por entidades de defesa dos direitos desses segmentos, para reunir, em um mesmo espaço de *conversação*, alguns elementos vivenciais, ao lado de outros teóricos, sobre o tema da cultura da discriminação, em uma disputa imaginária (que os colegas da academia preferirão chamar *interlocução*) entre discurso da discriminação e discurso e implementação dos direitos humanos[15]. Vamos a eles.

(13) Cf. DAMACENA, Andréa; ARNAUD, Edy. Violência no Brasil: representações de um mosaico. In: Violência, sociedade e cultura. *Cadernos Ceris*, ano I, n. 1, abr. 2001, p. 11.

(14) Cf. Mediação de conflitos: a solução de muitos problemas pode estar em suas mãos. In: SEIDEL, Daniel (Org.). *Brasília:* Vida e Juventude, 2007. 48 p.

(15) Esta conversa extraiu partes do artigo anterior, da 1ª edição desta obra, que são retomados para acrescentar-lhes outros elementos e reflexões, fruto do acréscimo de novas leituras, indagações e preocupações que se deram nesse intervalo, propiciadas em grande medida pelo retorno à Universidade e à colaboração fraterna de Professores e amigos, que não são responsáveis pelo conteúdo delas.

Digitalizado com CamScanner

Discriminação em ação. Caso I. Em episódio relatado por uma liderança comunitária[16], uma médica da rede pública municipal destratou uma usuária, em um ambulatório de hospital, após ler sua ficha onde se via seu endereço, nos seguintes termos: "você, que mora na favela, por que, em vez de ficar andando à toa por lá não vai lavar uma trouxa de roupa para ganhar uns trocados? Vou te dar esta injeção, mas você não merecia, pois devia estar trabalhando pra comprar seus remédios". A mensagem foi traduzida pelos sentimentos da moça, que estava em companhia da mãe, como: "você é uma favelada, é um ninguém, e é um enorme favor que estou fazendo de te atender". Segundo o relato da liderança, ela "tirou uma dor e deixou outra no lugar".

Aquela fala traz um discurso, o discurso da discriminação. Segundo esta: a) o morador de favela não possui os mesmos direitos dos demais moradores da cidade, portanto, não é cidadão; b) a prestação de serviços públicos, pelo Estado, por intermédio de seus servidores, constitui um favor, e não um dever; c) o servidor público tem o poder de escolher/eleger os pacientes que devem ou "merecem" ser atendidos; d) essa escolha pode partir dos seus próprios critérios (particulares e subjetivos) de merecimento.

Discriminação institucional. Quando a desigualdade se manifesta na diferença de acesso e tratamento nas instituições, no âmbito dos direitos e do espaço público, tem-se a discriminação institucional, que foi definida por Sampaio (2003), ao tratar do racismo institucional, como:

> Fracasso coletivo de uma organização para promover um serviço apropriado e profissional para as pessoas por causa da sua cor, cultura ou origem étnica. Ele pode ser visto ou detectado em processos, atitudes e comportamentos que totalizam em discriminação por preconceito involuntário, ignorância, negligência e estereotipação racista, que causa desvantagem à pessoa (*apud* SANTOS, Gevanilda. A cultura política da negação do racismo institucional. In: *Racismo no Brasil*. Percepções da discriminação e do preconceito racial no século XXI. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005. p. 50).

Quando se trata de *minorias* sociais estigmatizadas em razão do comportamento (sexual ou social), o tratamento por parte dos serviços públicos costuma ser negligente ou abusivo: lideranças do segmento GLBTT têm denunciado omissões, humilhações e maus-tratos contra lésbicas, gays, travestis e transexuais em delegacias; entidades de apoio à população em situação de rua apontam negativa de atendimento por ambulâncias de serviços públicos de pronto atendimento a acidentes (SAMU) quando a vítima é "morador de rua"; familiares de adolescentes em conflito com a lei contam que são destratados quando buscam denunciar abusos ou crimes (buscas ilegais em suas casas) de que são vítimas, sem falar de meninas, jovens e mulheres vítimas de abuso sexual ou violência por parte de seus padrastos ou maridos. De vítimas, não raro, passam a rés.

(16) O termo *comunidade* diz mais que um espaço geográfico; usualmente é empregado ao tratar de bairros pobres, geralmente periféricos no desenho urbanístico, ou *aglomerados*, como se têm chamado os morros tornados bairros, estes situados na região *nobre* ou central, ocupados por barracos e moradias onde vivem as populações pobres dos grandes centros urbanos.

O julgamento moral da vítima, transformada em ré (no próprio processo em que sofreu uma violência), compõe um discurso que, direta ou indiretamente, pode corresponder a uma autorização para o ato por ela sofrido. E diversos autores são premiados com a impunidade, que alimenta mais violência.

No caso da população negra, as consequências desse comportamento se manifestam no corpo e na saúde emocional, produzindo distúrbios e danos emocionais de que tentam escapar pelo isolamento, ou pela busca de aprovação e afeição por parte da camada branca[17]. Importa salientar, com o autor citado, que, se as consequências racistas advêm de leis institucionais, *costumes ou práticas*, a instituição é racista mesmo se o indivíduo/profissional não tiver intenções raciais. E o primeiro passo para a desorganização do racismo institucional está, segundo o autor, no reconhecimento institucional das desigualdades sociais decorrentes de práticas racistas.

Mudar a linguagem pode mudar a realidade? A preocupação com a mudança na linguagem tem sido muito presente nas organizações de direitos humanos. A maioria das expressões, de uso comum, é contestada por seu caráter estigmatizante, ou seja, por transferir à personalidade da pessoa, como marca ou característica pessoal, a condição por ele vivida: *menor de rua* para o jovem em situação de risco social, *morador de rua* para pessoa vivendo nas ruas, *menor infrator* para o adolescente em conflito com a lei. Os movimentos sociais, profissionais e estudiosos do assunto têm proposto mudanças na terminologia: de *doente mental ou deficiente mental* para *portadores de sofrimento mental/portadores de deficiência*, e, posteriormente, para *pessoas com sofrimento ou transtorno mental* ou com deficiência física No caso do segmento LGBTT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais), propôs-se a mudança de *opção sexual* para orientação sexual. E novos termos vão surgindo. Mas a simples mudança da terminologia não resolve a questão, e pode, em alguns ambientes, conforme o interlocutor, servir apenas para mascarar o preconceito e a discriminação, levar a sugerir que não mais existem, enquanto estas subsistem, como brasa sob cinzas. A linguagem "politicamente correta" precisa ser trabalhada dentro de um conjunto de medidas educativas e ações estruturais, numa perspectiva interdisciplinar, transversal e apoiada em uma concepção político-pedagógica transformadora.

O que é mais urgente: fundamentar ou implementar os direitos humanos? Por mais que se reconheçam como inegáveis a relevância e a urgência de implementar direitos, corrigir distorções, indenizar atingidos, reivindicações presentes no cotidiano de inúmeras organizações de defesa dos direitos humanos, não há como deixar de lado um problema crucial — o de enfrentar o discurso[18] da discriminação, sério oponente dos defensores dos direitos humanos, e que, consciente ou inconscientemente, está por trás da violação desses direitos. Cada vez mais é possível notar-se a presença, ainda que clandestina,

(17) Cf. SILVA, Maria Palmira da. O dilema da saúde. Novos desafios para a agenda política do movimento social negro. In: *Racismo no Brasil*, obra cit., p. 77-87.

(18) Leia-se discurso como formalização de uma ideologia, como propõe Óscar Correas, em sua obra *Crítica da ideologia jurídica*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995. p. 32.

Digitalizado com CamScanner

de um discurso ordenado segundo razões para o qual aqueles direitos nunca existiram ou nunca deveriam ter existido, ou só devem prevalecer em certos casos, ou em determinadas situações.

Estamos preparados para desconstruir o discurso da discriminação? Embora não se possa estabelecer uma nítida relação de causa e efeito entre fundamentação, reconhecimento e realização mais rápida e eficaz dos direitos do homem, como adverte Bobbio (1992), também não se pode descartar de pronto a necessidade de buscar formular novas perguntas e levantar argumentos que, sem qualquer pretensão a fundamento absoluto ou irresistível, representem uma resposta consistente à usual argumentação empregada para justificar a violação dos direitos: o discurso da discriminação.

Se esta é uma questão política, e não filosófica, como queria Bobbio (1992. p. 23), não há como afirmar esteja ela sendo enfrentada adequadamente, ou seja, com armas apropriadas, até mesmo porque o instrumento por excelência do embate político, em ambientes democráticos, é exatamente o hábil e competente domínio da argumentação. E neste terreno, se há muitas palavras, também há um silêncio, uma lacuna que não se provou preenchida até o momento. Esta *conversa* pretende reunir algumas pistas para orientar a reflexão, a começar por uma identificação de alguns elementos que compõem o ato de discriminar. Conquanto pareçam óbvios, eles muitas vezes são sutis, e operam de forma subliminar, o que faz com que sejam naturalizados no cotidiano das práticas sociais.

Como nasce a discriminação? O preconceito. O primeiro ingrediente na fórmula da discriminação chama-se preconceito ou *pré-juízo*. Tem sido entendido como um sentimento ou uma emoção negativos de um ou mais indivíduos, algo ou alguém *a priori*, ou seja, antes de conhecer. Mas o preconceito vai além de uma simples questão de emoções e sentimentos: ele é fruto dos valores e crenças que uma pessoa adquire, no seu processo de formação, e pode carregar ao longo da vida.

Para Heller, "o preconceito é um juízo provisório que permanece inabalado mesmo quando refutado pela ciência e contra qualquer argumento da razão com o objetivo de provocar um tipo de integração social em uma dada sociedade" (2000. p. 47)[19].

O preconceito expressa um *olhar* de condenação, de censura ou de rejeição por algo que componha o ser, as características intrínsecas ou extrínsecas, ou uma conduta de outrem. Pressupõe julgar ou conceituar alguém mediante uma generalização, uma banalização ou uma mistificação. Preconceito e discriminação não são, porém, sinônimos; o primeiro precede o último. Este "julgamento", pretensamente racional e objetivo, revela, muitas vezes, dificuldade de lidar com a diferença e a alteridade, o que pode gerar ódio, prepotência ou indiferença. O conteúdo desse "julgamento" mostra, portanto, mais do(a) próprio(a) autor(a) da discriminação que daquele que foi por ele(a) discriminado(a).

(19) *O Cotidiano da história*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. *Apud* SANTOS, Gevanilda; SILVA, Maria Palmira da (Orgs.). *Racismo no Brasil*. Percepções da discriminação e do preconceito racial no século XXI. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005. p. 48).

Que diferença faz a diferença? A separação. O segundo ingrediente é o ato de diferençar, distinguir entre o "eu" e o "outro", ou seu grupo e o outro, o alvo de censura, desgosto ou aversão. Vale-se do etnocentrismo, uma visão de mundo na qual o seu próprio grupo é tomado como centro de tudo, e todos os outros são pensados e sentidos por meio dos seus valores, modelos e definições. Para Monica Sydow Hummel, filósofa, professora e diretora da Seção Brasileira da Anistia Internacional, o etnocentrismo pode ser visto como uma dificuldade de pensarmos a diferença, daí sentirmos medo, insegurança, hostilidade[20]. Não se discrimina o outro sem antes delimitar os papéis, ou seja, *torná-lo*, com um julgamento, diferente daquele que julga e dos seus entes próximos ou aprovados. Consegue-se, assim, o recurso da abstração, que permite a separação em categorias diferentes de *humanidade*, e, portanto, de cidadania: os chamados "cidadãos de primeira" e de "segunda classe".

Segundo Brol, entre as razões alegadas por indivíduos pesquisados na Alemanha para rejeitar alguns grupos, estaria o medo de perder a identidade. Por isso, desvalorizam os membros do grupo externo para fortalecer o valor de seu próprio grupo (grupo interno). Os resultados mostram que existem padrões claramente negativos de percepção de determinados grupos de pessoas que diferem da "normalidade". Atitudes, preconceitos e estereótipos desse tipo podem ser a base do comportamento discriminador, segregador e agressivo (BROL, Nadia. Grupos de ódio na sociedade alemã. Uma pesquisa quantitativa sobre Xenofobia e Heterofobia. In: *Racismo no Brasil*, ob. cit., p. 125-128).

Como pode uma característica de alguém tornar-se sua condenação? A personificação. Um terceiro elemento da fórmula consiste na personificação de uma característica da pessoa, seja a cor de sua pele (*aquele negro chegou*), uma deficiência física (*os cegos mudaram-se*), uma doença ou vírus do qual é portador (o *aidético casou-se*), uma prática ou vinculação religiosa (*os crentes falavam alto*) e ainda uma condição de vida (*o favelado, o mendigo morreu*). Deste modo, obtém-se um estigma, que agrega à identidade da pessoa aquele traço extrínseco. Para muitos, estas expressões encontram-se incorporadas à comunicação cotidiana, e não possuem, a rigor, qualquer intenção ou tom pejorativo. Em contraposição, alega-se que simples inclusão da palavra "homem" ou "mulher", antes desses adjetivos, poderia alterar o conteúdo pejorativo das expressões, para suavizá-lo, enquanto outros sustentam que o tom, a postura e a atitude de quem fala é que dão a conotação depreciativa, no mais das vezes.

Segundo Da Matta,

> Vivemos em uma sociedade onde existe uma espécie de luta entre o mundo público das leis universais e do mercado, e o universo privado da família, dos compadres, parentes e amigos. Tais espaços e planos dramáticos exprimem uma sociedade internamente dividida, embora complementar. (...) Assim, as estruturas de segmentação continuam a operar social e politicamente. O que até agora não fizemos foi tomar consciência de tais estruturas como parte integrante

(20) A Dinâmica da Segurança Pública e a Segurança Pública Dinâmica. Texto produzido para Seminário.

Digitalizado com CamScanner

da dinâmica social. Até quando isso não for feito, continuarão a operar, a nível implícito, com a força que sempre tem as coisas que exercem uma pressão invisível (DA MATTA, Roberto. *Carnavais, malandros, heróis:* para uma sociologia do dilema brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1985. *Apud* DAMACENA; ARNAUD, ob. cit., p. 30).

Para o autor, no mundo social brasileiro, o que se espera em qualquer situação de conflito ou confronto é o ritual do reconhecimento que humaniza e personaliza as relações formais, ajudando todos a hierarquizar as pessoas envolvidas na situação. Faz parte da nossa consciência social a distinção de tratamento, enquanto o uso da regra geral é um modo de negar ou inferiorizar algo ou alguém.

Discriminação e segregação social. Caso II. Segundo depoimento de um homem em situação de rua que vive em Belo Horizonte, em uma unidade do Restaurante Popular deste Município, as pessoas em situação de rua não podem entrar para comer, mesmo pagando, enquanto na outra, ao chegarem ali, geralmente sujas ou malvestidas, podem pagar e comer, mas o atendente pega seu dinheiro fora da fila, paga por ele, e leva a comida para um local separado dos demais usuários. Ele mesmo, ao relatar, afirmou que achava isso justo, pois, segundo disse, *ninguém podia ser obrigado a aguentar a má aparência ou o mau cheiro do outro...* Ao colocar em discussão essa situação tão incômoda no ambiente familiar, veio a seguinte resposta: "*espera aí, quem devia sair eram os cheirosinhos e arrumadinhos... Afinal, aquele serviço não foi feito para eles (os mais humildes), que só têm R$1,00 para comer?*"... Quando ouviu o comentário posteriormente, o tom foi de surpresa no grupo: "é mesmo!... o lugar foi feito para nós...".

Discurso e assimilação da discriminação pelo próprio discriminado. Nota-se, no caso acima, a presença do discurso da discriminação, apropriado e reproduzido na fala de uma ou mais pessoas discriminadas. Nele, o que se estava afirmando/supondo é que: a) a cidade *oferece* condições materiais (banheiros públicos, local para guardar seus pertences) suficientes e adequados para o indivíduo sem teto e demais pessoas que estão na cidade manterem-se limpos e asseados; b) a aparência ou condição física de uma pessoa pode determinar ou limitar a sua capacidade de ser cidadão, ter o direito a ter direitos; c) a sua *dignidade* pode ser dada ou retirada conforme se mostre asseado, limpo, bem-aparentado; d) a segregação é meio legítimo para corrigir problemas sociais. Percebe-se também que, quando não questionado, esse discurso passa despercebido, e atua de forma subliminar, inibindo a reação das pessoas discriminadas[21].

Há discriminações justificadas ou aceitas conforme a pessoa que as sofre? A tolerância com a intolerância. No que diz respeito às reações a um episódio dessa natureza, podem-se notar alterações conforme a condição social do(a) atingido(a), a ponto de uma mesma atitude receber imediata repulsa pública quando a vítima pertence à classe média[22] ou alta, ou tolerância condescendente quando é alguém das camadas

(21) A esse respeito, leia-se TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: *Argumentos filosóficos*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. Loyola, 2000. p. 246.

(22) Os fatos são muitos, mas pode ser lembrado a repercussão na imprensa quando do triste assassinato de uma menina, tendo como acusados o pai e a madrasta, e o absurdo caso da morte do menino preso

menos favorecidas, o que revela a presença do preconceito de classe, que, na maioria das vezes, e nos casos citados compõem tais agressões verbais. Deve-se registrar, porém, que a condição social não elimina necessariamente o preconceito, pode apenas inibir sua exteriorização[23]. O preconceito social dificilmente é assumido, mas tem argumentos que ressaltam o desnível entre uns, que possuem "nível", *status* econômico, social e/ou cultural, os *sobrecidadãos*, e os que estariam fora desse padrão e seriam, portanto, *subcidadãos*. Este discurso goza de muito respaldo entre os membros das elites econômicas, e é assimilado até mesmo por muitos que pertencem ao grupo social dos atingidos por ele, que procuram repetir posturas dos patrões ou clientes para se "igualarem" a eles: "esse sujeito não se enxerga? Onde já se viu alguém tão malvestido, *sem classe*, querer entrar num ambiente fino como este?" (fala de um garçom).

De onde o autor de discriminação extrai o "direito" de discriminar? Discriminação e representação social. A estratégia daquele(a) que discrimina não é muito diversificada: começa por enfatizar uma característica que o outro possui (morar em uma favela, não ser proprietário de terras, ser morador de rua), para, em seguida, desqualificar ou menosprezar esse atributo. O preconceito racial é, sem dúvida, o exemplo mais conhecido desse tipo de postura discriminatória, a que se volta contra uma pessoa pelo simples fato de possuir uma característica que simboliza, no imaginário cultural do agressor, uma *marca de menos-valia* em relação aos demais. Segundo Luciana Jaccoud e Nathalie Beghi, o racismo constitui um "... modo de ver certas pessoas ou grupos raciais. Trata-se de uma ideologia que preconiza a hierarquização dos grupos humanos com base na etnicidade". O preconceito racial, por sua vez, é descrito como "uma predisposição negativa em face de um indivíduo, grupos ou instituições, assentada em generalizações estigmatizadas sobre a raça a que é identificado".[24] É com base na representação que tem deste símbolo que o (a) autor(a) se sente autorizado(a) a agredi-la naquilo que lhe é

ao cinto de segurança, arrastado pelo carro dirigido pelo assaltante. Ambos ocuparam todos os noticiários e programas de debates e análises, por semanas, à exaustão. Foram casos emblemáticos? Não mais do que as barbaridades de todos os tipos que vitimizam crianças pobres todos os dias (exploração sexual, violência doméstica, extermínio de jovens, etc.), sem que tais fatos ocupem espaço significativo na imprensa, quando não são usados como pretexto para alardear a violência praticada pelos pobres.

(23) A "Parada do Orgulho Gay", evento que tem reunido milhões de pessoas nas grandes capitais do país, tem conseguido conquistar, aos poucos, a simpatia e adesão de largas camadas da população. O empresariado no ramo de turismo tem procurado capitalizar esse fenômeno, que ganha suporte de infraestrutura e *mídia*, focado no bom poder aquisitivo e nível sociocultural de muitos integrantes. Por outro lado, não raro tem sido alvo de violentos ataques de alguns moradores contra seus participantes, causando morte e pânico. Ao comentar um desses episódios (ataque com bomba caseira e espancamento praticados contra alguns homossexuais, que resultou na morte de um deles que estava nas imediações), o locutor de um grande telejornal afirmou que o atentado pode não ter sido causado por homofobia, mas por questões de estresse, como as que levam a delitos de trânsito, como denuncia o escritor Jean Willys. Como resultado da mobilização e pressão de seus integrantes, foi lançado o Programa *Brasil Sem Homofobia*, avaliado como avanço pelo Comitê DESC da ONU, ao lado da Lei Maria da Penha, do Plano Nacional de Qualificação para Políticas Públicas de Emprego para Grupos Vulneráveis e o Programa Nacional de Merenda Escolar.

(24) *Desigualdades raciais no Brasil:* um balanço da intervenção governamental. IPEA/2002, p. 67.

Digitalizado com CamScanner

mais caro: sua integridade moral e honra pessoal. Claro que a discriminação produz efeitos que vão além do individual. Não é por acaso que dois importantes instrumentos legais, o Estatuto da Igualdade Racial e o Estatuto dos Povos Indígenas, encontram-se há quase uma década em tramitação no Congresso Nacional, e o primeiro tem sido descaracterizado pelo projeto de substitutivo (PL n. 6.264/05), que representa um retrocesso[25], segundo denunciam a Coordenadora Executiva do Monabantu/MG, Makota Kizandembu e diversas lideranças dos movimentos de luta pela igualdade racial.

A questão das minorias. Um exemplo de representação social está na qualificação das chamadas *minorias sociais* (ou *grupos vulneráveis)*. O sentido da expressão *minorias* é bastante problemático; ele traduz não uma inferioridade quantitativa, mas sim uma subalternidade política. A discriminação e a exclusão ressoam como punição de uma sociedade pretensamente homogênea, enclausurada em um narcisismo que nega a alteridade, por medo de que ela possa representar ameaça à sua segurança. Pode-se, pois, conhecer o *ethos* de uma sociedade a partir daqueles que ela denomina "minorias": uma sociedade racista machista denominará os negros, asiáticos, os indígenas e outras etnias como as suas minorias; uma sociedade moralista denominará os grupos com orientação religiosa ou sexual não dominante como suas minorias, e assim por diante. Assim, mais uma vez, a atitude discriminatória revela mais do tipo de sociedade onde ela se dá do que daqueles que são suas vítimas.

O desenho das cidades pode refletir a discriminação de classe? Discriminação nas políticas públicas. As cidades e seus recursos, em sociedades hierarquizadas, não foram pensados para os milhões de homens e mulheres que os construíram. O isolamento socioespacial dos pobres é algo escandaloso, apesar de comum. Essa segregação, ao mesmo tempo sutil e grotesca, persiste, especialmente em meios frequentados pelas elites econômicas.

Segundo Kaztman,

> Las políticas de utilización de los lugares públicos, las de prevención de la segmentación de los servicios básicos, aí como las acciones que tienen que ver com el ordenamiento urbano, marcan la multiplicidad de caminos por los cuales es posible promover la sociabilidad pluriclasista y contrarrestar las poderosas tendências a la privacidad y al aislamiento entre las clases. Em muchos de esos âmbitos, más que políticas específicas, lo que se requiere es la incorporación de um matiz que debe estar siempre presente en cada uno de los programas sectoriales, em virtud del cual se da preferência a todas aquellas iniciativas que conduzcan a uma mayor frecuencia y calidad em la interacción entre desiguales.[26]

(25) Na 2ª Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial, a coordenadora nacional do MNU, Vanda Pinedo, criticou a ausência de garantia no projeto de recursos necessários para as ações de reparação. As lideranças reivindicam garantia do direito à terra das comunidades quilombolas, atenção à saúde, à liberdade religiosa e às cotas como instrumentos de ação afirmativa.

(26) KATMAN, Rubén. Seducidos y abandonados: el aislamiento social de los pobres urbanos. In: *Revista de La Cepal*, n. 75, 2001, p. 171-188.

Os planos de *revitalização* urbana, a exemplo das cidades planejadas, significam, na prática, a expulsão das camadas populares do centro e regiões nobres das cidades, sem falar nas "operações limpeza", verdadeiras políticas *higienistas* denunciadas pelas entidades de defesa de direitos humanos, com destaque para o Movimento Nacional de População de Rua.

Discriminação em ação. Caso III. "*Vão trabalhar, vagabundos!*" Com esta frase, alguns motoristas[27] que passavam pelas margens da rodovia que abrigava um grupo de trabalhadores rurais sem-terra filiados ao MST — Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, acampados na "Fazenda Periquito", próxima de Coronel Fabriciano, MG, deixavam um recado claro: *vocês não têm direito à terra que pleiteiam, pois não conquistaram este direito de forma legítima.* Seu discurso supõe que: a) a maior parte das grandes e improdutivas propriedades rurais deste país tenha sido adquirida pelo trabalho de seus donos; b) existe trabalho para todos os que querem trabalhar; c) a remuneração do trabalho assalariado de milhões de pessoas lhes permite comprar terras ou moradia; d) o Estado não tem o dever de corrigir as graves distorções provocadas pelos modelos econômicos que sempre privilegiaram as elites.

Existe discriminação na distribuição das riquezas? Se aqueles motoristas tivessem olhado melhor, teriam visto hortas e plantações no local, e uma organização em equipes responsáveis por tarefas diversas (limpeza, alimentação, educação, etc.) para viabilizar a sobrevivência das famílias, sob lonas, até que a solução do processo (administrativo, no caso de desapropriação; judicial, no caso de litígio em reintegração de posse, e político, em ambos os casos) avance ou chegue a bom termo. Mas dificilmente isto mudaria sua atitude. É que aquele comportamento traduz a manifestação de um preconceito de um grupo social — que possui terras, por herança ou por aquisição — contra outro, que nada possui, por ter abandonado seu lugar de origem, no campo, empurrado pela falta de perspectivas, e seguido para a cidade grande, movido pelo sonho de vencer, sem contar com capacitação para disputar as poucas de vagas de trabalho com outros que ali chegaram antes.

Discriminação é uma conduta moral ou um ato político? Há mais que interesses econômicos divergentes em jogo. O que se disputa, no fundo, é espaço político, reconhecimento da legitimidade das pretensões ou direitos que se excluem reciprocamente, numa sociedade hierarquizada, dividida entre os que tudo têm e os que nada têm. De um lado, o direito à propriedade, que, absoluto para uns, sobrepõe-se ao direito a uma justa distribuição da terra, ou ao cumprimento da função social da propriedade[28].

(27) Estes, segundo o autor do relato, não constituíam maioria; ao contrário, grande parte dos carros, ao passar por lá, dizia coisas boas, dirigia saudações de ânimo.

(28) Este formato da discriminação denota uma ruptura com princípios preconizados nos diversos instrumentos de direitos humanos, no plano internacional, bem como com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer tipo, estabelece como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, e assegura a coexistência, em clima

Digitalizado com CamScanner

De outro, a justa distribuição desse bem; um bem tão precioso para o homem e a sociedade que não pode ser objeto de especulação, ou deixar de oferecer meios de realização do homem pelo trabalho.

Para Adorno,

> Se disseminaram na sociedade brasileira as mais variadas formas de violência cujos propósitos são não apenas a *repressão de direitos e de reivindicações, a criação de barreiras à vida coletiva autônoma*, mas também a de promover a reforma moral dos indivíduos como estratégia política de modo a obter obediência cega, docilidade, sujeição à vontade de outrem[29] (grifou-se).

Existe relação entre discriminação e violência? A discriminação, aqui empregada obviamente em seu sentido negativo, ou seja, no sentido de distinguir para dar tratamento depreciativo à pessoa ou grupo, é muitas vezes precedida de um discurso. Seus defensores manifestam uma cultura política autoritária e/ou conservadora, e se fazem presentes em amplos setores formadores de opinião (na mídia, nas arenas políticas, nas igrejas, na economia, etc.). Utilizam-se da insegurança e desinformação para difundir preceitos de "justiça" como sinônimo de retribuição ou vingança. Essa "... moralidade que incorpora a violência como legítima e inclusive a coloca como um imperativo que tem efetividade e que orienta constantemente a conduta de vários setores da vida social"[30] não constituiria uma ameaça, se não fossem os baixos índices educacionais, e a carência de uma cultura política democrática de amplas camadas da população, com destaque para as classes médias, com maior nível de informação e escolarização. Neste quadro, particularmente em momentos de crise, quem ganha espaço, até mesmo entre os segmentos mais vitimados pela negação de direitos, são os violadores dos direitos humanos, aqueles que defendem, apoiam ou praticam medidas ilegais no combate à criminalidade (tortura, invasão de domicílio e, no limite, o extermínio), bem como arbitrariedades contra algumas *minorias* sociais (privação e violação de direitos e da cidadania). O discurso atua, assim, como incitação ao crime e a mais violência: torna-se parte do processo de violação de direitos.

Pode haver discriminação no ideal de Justiça? Direitos civis e direitos sociais. Segundo Caldeira (1991), "na sociedade brasileira os direitos civis e individuais têm associações muito diferentes dos direitos coletivos. Se os últimos exprimem 'a extensão a grupos que foram deles privados e que são excluídos dos direitos de cidadania..., no que concerne aos direitos individuais a associação mais frequente é com os privilégios"[31]. Os direitos "judiciais", incluindo o acesso a remédios por violações dos direitos básicos,

---

de respeito, de uma sociedade plural, consoante dispositivos contidos nos títulos I, II e VIII, Seção II, CF/88. Pode-se constatar, com base nessas atitudes e discurso, que, para os violadores, o Direito pouco ou nada representa, a não ser quando ampara suas pretensões individuais e de classe.

(29) ADORNO, Sérgio; KAHN Túlio. Pena de morte: para quem serve esse debate. In: *Revista Cultura Vozes*. Petrópolis, n. 03, 1993.

(30) DAMACENA, Andréa; ARNAUD, Edy. Violência, sociedade e cultura. Violência no Brasil: representações de um mosaico. In: *Cadernos CERIS*, ano I, n. 1, abr. 2001, p. 15.

(31) *Apud* DAMACENA; ARNAUD. Ob. cit., p. 31.

a presunção de inocência, a garantia de processo público justo e imparcial, a irretroatividade das leis penais, a proteção contra a prisão, detenção ou exílio arbitrários, e contra a interferência na família, no lar e na reputação (arts. 8º a 12 da Declaração Universal), a criminalização da tortura, das penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são, em regra, os mais contestados pelo discurso da discriminação, em especial quando se trata de pessoas pobres que praticaram delitos ou marginalizadas pelas práticas sociais acima mencionadas[32].

Pode a discriminação atingir toda uma coletividade? Discriminação a grupos. Não há como negar, também, que a discriminação se manifesta, no mais das vezes, em relação a um grupo, seja social ou étnico; uma coletividade, um agrupamento de pessoas unidas por um traço em comum: a condição social, a cor da pele, os costumes, o local de nascimento, a religião, a "orientação" sexual, etc. Neste sentido, o ato de discriminar compõe-se, antes de tudo, de uma generalização dos atributos extrínsecos das pessoas de um grupo como sinônimos de uma ou mais qualidades vistas como *negativas*. O efeito é a negação da individualidade de cada componente do grupo, e sua dissolução em um todo imaginário que recebe uma categorização estigmatizante a partir dos valores daquele que discrimina. Segundo Zaluar, "uma das expressões da dominação é a construção de uma identidade do dominado por parte do dominante. E uma das técnicas repressivas é a estigmatização de quem se quer reprimir"[33].

Em nome de que valores se discrimina alguém? Em nome da "Justiça". Como alerta Perelman (1996. p. 8), "é sempre útil e importante poder qualificar de justas as concepções sociais que se preconizam. Todas as revoluções, todas as guerras, todas as revoltas sempre se fizeram em nome da Justiça. E o extraordinário é que sejam tanto os partidários de uma ordem nova como os defensores da ordem antiga que clamam com seus votos pelo reinado da Justiça". Interessante observar que é exatamente uma postura de "justiceiro", maquiada por um suposto senso de justiça muito forte, uma característica presente no discurso de diversos autores ou defensores de atos discriminatórios. Essa postura, por sua vez, denuncia uma atitude de flagrante desafio diante do ordenamento jurídico e das instituições, bem como dos valores aceitos pela comunidade em geral. Os argumentos podem ser os mais diversos e antagônicos entre si, mas começam pela vitimização do agressor e do seu grupo, pretensamente amparada por outros valores

---

(32) Não obstante assegurados formalmente nos textos constitucionais, não se encontram, até hoje, devidamente aceitos por um acordo da maioria das mentes, de que fala Perelman (1996, p. 7). De outro modo, como entender o resultado de pesquisas de opinião pública que apontam 81% dos entrevistados concordando com prisão perpétua para crimes "bárbaros" e 63% apoiando a pena de morte para esses crimes? É preciso um esforço de exame mais criterioso para perceber a existência dessa *crise ética* que se instala diante de um fato social grave, como o crime organizado, os crimes praticados com requintes de crueldade ou frieza, principalmente quando se tem em vista que não são alvo da mesma indignação dos setores conservadores a corrupção, a sonegação fiscal, o desmatamento ilegal, e outros delitos praticados majoritariamente pelas elites.

(33) ZALUAR, Alba. Violência, crime organizado e poder: a tragédia brasileira e seus desafios. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (Coord.). *Governabilidade, sistema político e violência urbana*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1994. *Apud* DAMACENA; ARNAUD. Ob. cit., p. 23.

Digitalizado com CamScanner

mais legítimos, e sustentam uma lógica segundo a qual a insuficiência ou ineficácia do sistema em solucionar um grave problema social, como o da segurança pública, legitima a adoção de medidas ilegais, arbitrárias ou abusivas para "resolver" a questão.

Por que se discriminam pessoas que não se conhece? O diferente, o transgressor e a culpa. Ao crescimento da violência, como efeito da ausência de políticas públicas eficazes, tem correspondido um crescimento quantitativo e qualitativo de ações discriminatórias contra *bodes expiatórios* da irracionalidade reinante. Neste contexto, o *diferente e o transgressor* passam a ser vistos como culpados pela instabilidade que incute medo no presente e no futuro. Como lembra o Prof. João Batista Villela, no artigo *As bruxas de Salem e a fabricação dos culpados*, "pelo seu poder de paralisar e incutir medo, a culpa tem sido o instrumento por excelência, através do qual o direito tem servido às forças estabelecidas, ao invés de as controlar pelo uso público da razão". Sob esta perspectiva, a destruição do suposto agressor funciona como um ritual de expiação coletiva que, ao mesmo tempo em que garante o *status quo* político e social, também aplaca o desconforto da culpa[34]. Essa hipótese se aplicaria aos grupos neonazistas, *skinheads*, e outras *gans* urbanas. Na versão nacional, surgem os *pitboys*, que aparentemente possuem um diferencial, o de escolher suas vítimas aleatoriamente, ou seja, o "outro" não tem um rosto, uma raça, uma religião, uma etnia.

Para Damacena e Arnaud (2001. p. 8), perceber a violência como um complexo "que se instalou em uma parte da estrutura do Estado, e que tece as mais amplas relações sociais e domésticas, constitui o primeiro e mais importante passo para seu enfrentamento". Neste sentido, a identificação, segundo as autoras, a denúncia e o reconhecimento social da existência da violência implicam a necessidade de colocar em discussão as relações existentes, o que é indispensável para a sua eliminação ou a sua redução.

Quem ganha com a discriminação? Discriminação como estratégia de dominação. O elemento talvez mais controvertido e, ao mesmo tempo, cruel que compõe o fenômeno da discriminação está no seu uso como estratégia de justificativa da marginalização e exploração de uma pessoa ou de um grupo social. E isto ocorre com muito mais frequência do que aparenta. Embora pretendam seus interlocutores afirmar ou sustentar o contrário, a discriminação quase nunca é gratuita ou despropositada. Tem um objetivo: tornar o outro alvo fácil ou indefeso de uma agressão, seja contra seus direitos individuais, seja contra seus direitos sociais. Leia-se, a propósito, a declaração proferida pelo então governador do Estado do Rio de Janeiro, Marcello Alencar, em 11 de maio de 1995, três dias após o assassinato pela polícia de treze suspeitos de envolvimento com o tráfico de drogas na favela Nova Brasília: "Estes violentos bandidos se animalizaram. Eles são animais. Não podem ser compreendidos de outra maneira. Por isso, os confrontos não podem ser civilizados. Essa gente não tem que ser tratada civilizadamente. Têm que ser tratados como animais"[35].

(34) *Revista Del Rey*, n. 0, agosto, 1997.

(35) Brutalidade Policial Urbana no Brasil — Human Rights Watch/Americas, 1997, p.1.

O pensamento de Hannah Arendt apresenta inestimável contribuição ao estudo da questão de como compreender e lutar contra a violência, bem como para se construir relações não violentas. Para a pensadora alemã, a violência deve ser analisada no funcionamento das relações humanas, sociais e políticas, e no espaço que ela conquista ou perde nessa dinâmica. Deste modo, pode-se tentar decifrar os motivos e os objetivos do uso da violência, bem como o sentido da reação violenta. Mais que isto, a reflexão *arendtiana* ajuda a compreender por que "qualquer tipo de poder (até mesmo o mais totalitário, despótico) não consegue manter-se sem um mínimo de cooperação, ou seja, além de obter o império sobre os corpos, ele deve se instalar nas mentes".[36]

Discriminação e aprendizagem combinam? O preconceito está presente entre estudantes, pais, professores, diretores e funcionários das escolas brasileiras. Alunos zombando (*bullying*) de outros alunos, de professores ou de funcionários do local onde estudam deixou de ser apenas sinal de brincadeira de mau gosto. Uma pesquisa realizada pela FIPE — Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, a pedido do MEC — Ministério da Educação, demonstrou que, quanto mais preconceito e práticas discriminatórias existem em uma escola pública, pior é o desempenho dos estudantes.

As pessoas com deficiência, principalmente mental, seguidas de negros e pardos são as que mais sofrem com esse tipo de manifestação. Um estudo feito a pedido do INEP — Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais e da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, órgãos do MEC, concluiu que 99,3% dos entrevistados têm algum tipo de preconceito e que mais de 80% gostariam de manter algum nível de distanciamento social de portadores de necessidades especiais, homossexuais, pobres e negros. Do total, 96,5% têm preconceito em relação a pessoas com deficiência e 94,2% na questão racial. Foram entrevistados 18.600 pessoas de 501 escolas de todo o país. Entre os estudantes, participaram da pesquisa os que cursam a 7ª ou 8ª série do ensino fundamental, a 3ª ou 4ª série do ensino médio e o EJA (Educação para Jovens e Adultos). Desse total, 70% têm menos de 20 anos.

Para chegar à associação entre o grau de intolerância e o desempenho escolar, o estudo considerou os resultados da Prova Brasil de 2007, exame de habilidades de português e matemática para quem cursa da 4ª à 8ª série do ensino fundamental. A pesquisa mostra que o preconceito não é isolado. A sociedade é preconceituosa, logo a escola também será. Segundo o responsável pela pesquisa, "esses preconceitos são tão amplos e profundos que quase caracterizam a nossa cultura". Os estudos irão embasar projetos que possam combater preconceitos que a escola não consegue desconstruir, segundo o diretor de estudos e acompanhamento da Secretaria. Mas são ações que demoram para ter resultados efetivos[37].

(36) ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. *Apud* DAMACENA, ARNAUD. *Violência no Brasil*: representações de um mosaico. Ob. cit., p. 10.

(37) *Folha de S. Paulo*, 18 jun. 2009.

Digitalizado com CamScanner

Fechando, sem encerrar a "prosa". É possível eliminar o conflito em sociedades democráticas? A existência de um ambiente político democrático pressupõe o confronto entre os distintos pontos de vista, a disputa entre interesses divergentes, e o reconhecimento da legitimidade de seus interlocutores para defendê-los nos espaços decisórios. A democracia supõe dissenso e conflito, e a busca de consensos, ainda que provisórios. O que se coloca em questão aqui não é a supressão ou eliminação do conflito, ou dos interesses divergentes. O que se propõe é examinar em que medida o discurso e a prática da discriminação constituem uma demonstração de erosão real dos valores democráticos, e como impactam a esfera pública, como espaço de interlocução e defesa de reivindicações dos diversos segmentos sociais.

O regime democrático requer se construa uma pedagogia de respeito à pessoa humana em sua dignidade, e valorização da diversidade. Mais que projetos de lei, a democracia requer um projeto audacioso de transformação social, a partir da cultura e das relações que se estabelecem no interior dessa sociedade. E, se, com Nelson Mandela, afirmamos que ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor da pele, por sua origem ou ainda por sua religião, como ele, acreditamos que, para odiar, as pessoas precisam aprender. E, parafraseando o grande líder africano: "e se aprendem a odiar e a discriminar, podem ser ensinadas a respeitar". Este é o convite e o grande desafio dos direitos humanos para toda a sociedade, e para os educadores em especial: contribuir para a construção de uma cultura de respeito e de relações individuais e sociais não violentas, que terá que passar por um trabalho de revisão e desconstrução da cultura vigente. Neste sentido, o combate à discriminação, em todas as suas formas e manifestações, ao reivindicar a possibilidade de expressão, formulação e proposição das diferentes pretensões de direitos de segmentos e camadas marginalizados, e as lutas sociais que se travam em sua defesa são hoje mais que uma questão de direitos de indivíduos ou de grupos: são uma questão de defesa da própria democracia.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* 10. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DAMACENA, Andréa; ARNAUD, Edy. Violência, sociedade e cultura. In: *Cadernos CERIS*, ano I, n. 1, 2001.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia.* Saberes necessários à prática educativa. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro.* Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *A Constelação pós-nacional:* ensaios políticos. Trad. Márcio Seligman Silva. São Paulo: L. Mundi, 2001.

HELLER, Agnes. *Agnes Heller entrevistada por Francisco Hortega.* Rio de Janeiro: EdUERJ, 2002.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento.* A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MIRANDA, Nilmário; AIEXE, Egídia Maria de Almeida. Educação em direitos humanos: um plano, muitos desafios e uma missão (obra coletiva). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Thereza Fonseca (Orgs.). *Cidadania e inclusão social:* estudos em homenagem à profª Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 523-535.

PERELMAN, Chäim. *Ética e direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Gevanilda; SILVA, Maria Palmira da (Orgs.). *Racismo no Brasil.* Percepções da discriminação e do preconceito racial no século XXI . São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: *Argumentos filosóficos.* Trad. Adail Ubirajara Sobral. Loyola, 2000, p. 246.

Digitalizado com CamScanner

DISCRIMINAÇÃO, JUSTIÇA E PROCESSO

Digitalizado com CamScanner

Discriminação e Processo do Trabalho

ESTÊVÃO MALLET

Se puderes olhar, vê.
Se puderes ver, repara.

(José Saramago)

1. Introdução

Frequentemente se imagina que o processo vive distante do conflito de interesses que preside a formação do direito material. Cabendo-lhe, segundo se pensa, apenas aplicar o ordenamento jurídico em vigor, sem propriamente criar direitos ou impor deveres que já não estejam na lei, o processo surgiria como instituição neutra, não influenciada pelas forças sociais existentes na coletividade(1). Mais ainda, nem sequer poderia o processo ocupar-se dessas forças ou ser por elas influenciado, sob pena de ficar comprometida a imparcialidade do juiz. De acordo com essa concepção, processo ideal seria simplesmente o que dispensasse tratamento igualitário aos litigantes, tal como preconizado, aliás, pelo art. 125, inciso I, do CPC. Somente dessa forma seria cumprida adequadamente a função jurisdicional, na medida em que a razão jurídica natural do processo — para utilizar a expressão de Pescatore — imporia *"La parità perfetta dei trattamento ad une ed altre parte ad ogni atto del procedimento"*(2).

Essas proposições, de longa data prestigiadas e que se acham subjacentes, por exemplo, à referência de Montesquieu aos juízes simplesmente como *"La bouche qui prononce les paroles de la loi"*(3), ganharam ainda mais impulso com o esforço empreendido pela doutrina, no final do século passado e início do presente, para afirmar a autonomia do direito processual.

Procurando sublinhar a independência da ação ante o direito material, no entanto, o processualista foi longe demais. Caiu no que Calamandrei chamou de *"territorio*

(1) *"Judges ought to remember* — enfatiza Bacon — *that their office is 'jus dicere' and not 'jus dare'; to interpret law and not to make law ar give law"* (*Essays*, LVI).

(2) Genesi delle leggi di procedura civile. In: *La logica dei diritto*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1883. p. 70.

(3) *De lesprit des lois*. Paris: Garnier Fréres, 1949. *tome premier*, livre XI, chapitre VI, p.171.

Digitalizado com CamScanner

chiuso"[4]. Tornou-se indiferente ao direito material, ao escopo social da jurisdição e ao problema da justiça. Preferiu ocultar-se comodamente no abstracionismo e no dogmatismo, traços tão salientes em certos escritos de direito processual e mesmo em legislações, que, como o Código de Processo Civil de 1973, preocupam-se mais com o rigor das definições e a precisão dos conceitos do que com a eficiência da atividade jurisdicional[5].

Na verdade, porém, nem o direito processual é neutro, nem pode, de outra parte, permanecer indiferente às peculiares condições de cada um dos litigantes.

2. A falsa neutralidade do processo

Em primeiro lugar, longe está o processo de constituir instituição neutra, não influenciada pelas forças sociais.

Antes de mais nada é preciso reconhecer, como notou Mauro Cappelletti, que "*ninguna tecnica jurídica es un fin en sí mismo y... ninguna* es *neutral desde el punto de vista ideoloqico*"[6]. Não há, pois, neutralidade no direito em geral[7], sendo ilusório imaginar a neutralidade do processo. Aliás, a evolução do direito processual evidencia como as estruturas concretamente adotadas para a tutela dos direitos variam de acordo com os interesses prevalecentes em cada momento histórico, influenciadas pelas forças sociais próprias das distintas épocas.

Em sociedades em que riqueza e poder estão associados à posse da terra e à propriedade fundiária, criam-se, como entre os romanos, instrumentos rápidos e eficientes para a proteção possessória, como liminares e interditos. Já quando o comércio ganha maior relevo, tornando-se fundamental a rápida circulação do dinheiro, não por acaso surgem as ações sumárias e as execuções de títulos extrajudiciais, para recebimento de créditos não liquidados pontualmente. Da mesma forma, ao tempo em que se quebram estruturas hierarquizadas, afirmando-se a igualdade formal de todos perante a lei, como se fez na Revolução Francesa, as normas processuais passam a salvaguardar tão somente "*la parità delle armi nel duello giudiziario, una parità forma/e, che presupponeva una società di uguali nelle posizioni economiche e sociali*"[8].

(4) *Processo e giustizia*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. *volume primo*, p. 568.

(5) Sobre o tema, amplamente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: *Temas de direito processual* (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 2; e, ainda do mesmo autor, Efetividade do processo e técnica processual. In: *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 1995, n. 77, p. 171.

(6) Aspectos sociales y politicos del procedimiento civil. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: EJEA, 1974. p. 83.

(7) Sobre o tema, CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Antonio Sergio Fabris, 1993. p. 33; e, relativamente à atividade desenvolvida pelas cortes constitucionais, DENTI, Vittorio. *Per il ritorno al 'voto di scissura' nelle decisioni giudiziarie*. In: *Dall'azione al giudicato*. Padova: CEDAM, 1983. p. 438.

(8) DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 20.

Não se deve insistir, pois, na ideia da neutralidade do processo. Também o direito processual sofre o impacto dos interesses dominantes em cada período histórico, de tal modo que, como sublinha Proto Pisani, "*vi sono diritti — espressioni di interessi di classe ben precisi — che vengono tutelati molto più efficacemente e con una varietà di strumenti di tutela molto più ampia di quanto non avvenga per tutta una serie di altri diritti i quali in genere sono espressione degli interessi o della minoranza o delle classi subalterne*"[9].

3. Insuficiência da igualdade formal para o processo

Superado o mito da neutralidade do processo, não é tão difícil perceber que não pode a legislação processual tratar de modo invariavelmente igual os litigantes, desconsiderando as distintas condições de cada um deles. Se em dado momento o faz é apenas pelo fato de o interesse daqueles que mais sofrem com a desigualdade real não haver conseguido ainda impor-se ou, pelo menos, não haver adquirido relevância suficiente para merecer a atenção do legislador.

De fato, hoje se reconhece, com tranquilidade, a completa insuficiência da mera garantia de igualdade formal dos sujeitos de direito. Está definitivamente sedimentada a ideia de que tratar de maneira igual sujeitos concretamente desiguais só acentua a desigualdade. Há tempos já o sentira Padre Vieira ao escrever: "o Sol da Justiça é Sol da Justiça porque trata a cada um conforme o que merece. Só para os bons amanhece, e para os maus esconde-se; só alumia aos que o temem, e aos que o não temem sempre os tem às escuras.[10] Mais tarde Duguit assinalaria que do princípio jurídico da igualdade não se pode tirar exigência de identidade matemática. Isso seria — prossegue o mesmo autor — o paradoxo da igualdade, que levaria muito mais à desigualdade[11].

Na verdade, o princípio da igualdade por vezes supõe e até mesmo reclama tratamento legal desigual, para que, compensadas as desigualdades reais, caminhe-se para maior igualdade efetiva, como já reconheceu inclusive o Supremo Tribunal Federal:

> Princípio isonômico: a sua realização está no tratar iguais com igualdade e desiguais com desigualdade (STF – 2ª T., RE n. 154.027/SP, Rel. Min. Carlos Velloso)[12].

Compreende-se, pois, disponha a Constituição italiana, de modo expressivo, caber à República "*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei citttadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*".

(9) *Breve premessa a un corso sulla giustizia civile*. In: *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1982. p. 18.

(10) Sermão do nascimento da Virgem Maria. In: *Sermões*. São Paulo: Editora das Américas, 1957. v. 1, p. 200.

(11) *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1923. tome troisième. p. 585. Analogamente, nota Sampaio Dória, mesmo escrevendo sobre o que chamou de princípios constitucionais liberais: "se dadas as desigualdades naturais, fossem todos nivelados, cometer-se-ia a maior das desigualdades" (*Princípios constitucionais*. São Paulo: São Paulo Editora, 1926. p. 121).

(12) DJU de 20.2.98, p. 22.

Digitalizado com CamScanner

O que vale para o direito em geral não poderia deixar de aplicar-se também ao direito processual. A igualdade apenas formal, que pouco significa no plano do direito material, não satisfaz as necessidades do processo. Referendá-la somente contribuiria para que se agravassem as desigualdades concretamente existentes entre os litigantes, com efeitos prejudiciais para o próprio processo.

Em consequência, tal como o legislador tem o dever de procurar compensar as desigualdades existentes no plano material, sendo isso inclusive exigência constitucional (art. 3º, inciso III, da Constituição), tem, da mesma forma, o dever de fazê-lo também no plano processual. Consoante adverte Barbosa Moreira, "a moderna concepção do direito — do processual e de qualquer outro — já não se satisfaz com a garantia da igualdade formal: aponta na direção de uma igualdade, tanto quanto possível, real"[13].

Por isso, a legislação que se limitasse a tratar de modo rigorosamente igual ambos os litigantes, sem quaisquer distinções, mais do que contribuindo para a adequada solução do litígio, estaria frequentemente trazendo para o campo o processo a desigualdade existente entre as partes, de modo a comprometer a qualidade da decisão prolatada. Com efeito, a situação concreta de cada um dos sujeitos envolvidos no litígio raramente é idêntica. As informações que alguns possuem outros não dominam; o custo da demanda para uns inibe a propositura da ação, enquanto para outros mostra-se insignificante; as provas que certos litigantes podem produzir com grande facilidade, outros não têm condições alguma de apresentar em juízo; a demora na solução do litígio, que por vezes beneficia uma das partes, lesa profundamente o direito da outra. Essas diferenças, existentes no plano dos fatos e que se mostram importantes e significativas, têm de ser compensadas pela legislação, para que o processo se desenvolva de modo efetivamente equânime e atinja resultado adequado. Mais uma vez é Barbosa Moreira a notar que "*varias circunstancias concurren a menudo para desequilibrar las fuerzas de los litigantes; y, cuando ello acaece, la observancia misma de las reglas formales de igualdad se convierte en manantial de privilegio para el uno y de desmedro para el outro*"[14].

Daí que, um processo verdadeiramente justo, indispensável à adequada realização da atividade jurisdicional, supõe — enfatiza Calamandrei — não apenas um juiz imparcial diante do qual se encontrem "*due parti in contraddittorio, in modo che il giudice possa udire le ragioni di tutte due; ma occorre altresì che queste due parti si trovino tra loro in condizione di parità non meramente giuridica (che può voler dire meramente teorica), ma che vi sia tra esse una effetiva parità pratica, che vuol dire parità tecnica ed anche parità economica*"[15]. Ausente essa efetiva paridade prática, a consagração, no processo, da igualdade apenas formal de tratamento das partes somente agrava a desigualdade real existente entre elas, discriminando aquela que se encontra em posição menos favorecida. E é exatamente isso o que faz, em larga medida, o processo do trabalho, ao ignorar a desigual condição das partes nele envolvidas.

(13) Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: direito processual civil. In: *Temas de direito processual* (Quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989. p. 9.

(14) La igualdad de las partes en el processo civil. In: *Temas de direito processual* (Quarta séria), p. 72-73.

(15) Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*, p. 690.

4. Distribuição do ônus da prova e discriminação

Um dos pontos em que mais se evidencia o efeito discriminatório da consagração da igualdade meramente formal no processo corresponde ao art. 818, da CLT. De modo simplista e, até mesmo, tecnicamente censurável, dispôs o legislador: "A prova das alegações incumbe à parte que as fizer". Deixou de lado, com isso, qualquer consideração quanto à possibilidade concreta que tem cada litigante de provar suas alegações, distribuindo o ônus probatório unicamente de acordo com as alegações feitas. Por conta desse dispositivo a jurisprudência passou a exigir do empregado a prova de apresentação do requerimento necessário à concessão do vale-transporte[16].

Não se deve perder de vista, porém, que, para a tutela de seu direito, deve a parte poder não apenas apresentar suas alegações, como também ter oportunidade de prová-las adequadamente. O direito de produzir a prova — já ensinava Cunha Gonçalves — *está* compreendido no originário direito de defesa[17]. Em consequência, permitir a alegação, mas impedir a prova do alegado "é o mesmo que nem permitir alegar — equivale a denegação de justiça"[18]. E, da mesma forma, condicionar a tutela do direito à apresentação de prova que, em decorrência de dificuldades materiais ou circunstanciais, a parte não é concretamente capaz de produzir significa, em termos práticos, impedir ou dificultar excessivamente o acesso à justiça, privando de tutela o direito. Daí impedir o Código de Processo Civil o estabelecimento de convenção sobre ônus da prova que torne "excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito" (art. 333, parágrafo único, inciso II).

Assim, as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, da tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio. Com isso, as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material e decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas para o processo, ficando facilitado inclusive o esclarecimento da verdade.

O legislador comum parece estar suficientemente convencido do acerto da ideia enunciada, tanto que, para facilitar a tutela judicial dos direitos emergentes das relações de consumo, equilibrando a desigualdade existente entre os sujeitos nessas relações envolvidos, dispôs, no art. 6º, inciso VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, constituir prerrogativa do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímel a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de

(16) OJ-SDI I n. 215, do TST.

(17) *Tratado de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.], v. XIII, tomo II, p. 997.

(18) ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994. p. 124.

Digitalizado com CamScanner

experiência". Os fundamentos dessa regra estão bem evidenciados na seguinte passagem de Eduardo Gabriel Saad: "se de um lado todos reconhecem que o consumidor, em face de uma situação litigiosa, acha-se inferiorizado diante do fornecedor, de outro tem-se de aceitar a inversão do ônus da prova como um meio de pôr em equilíbrio a posição das partes no conflito"[19].

Trata-se, na verdade, de solução à qual não se pode deixar de chegar sempre que suplantado o limite da igualdade meramente formal de direitos. Talvez por isso procure a jurisprudência trabalhista amenizar, mesmo sem apoio legal expresso, o rigor do art. 818, da CLT, criando presunções apoiadas no que ordinariamente se verifica. Faz supor, por exemplo, a ocorrência de dispensa, atribuindo ao empregador o encargo de demonstrar que partiu do empregado a iniciativa de pôr termo ao contrato de trabalho[20]. Admite, na mesma linha, a veracidade da jornada de trabalho declinada na petição inicial, em caso de não exibição dos controles de horário exigidos por lei, ressalvada existência de prova em contrário[21]. Presume a existência de relação de emprego, sempre que provada a prestação de serviços, atribuindo ao empregador o ônus de demonstrar o caráter autônomo do vínculo[22]. Ademais, por vezes transfere ao empregador, contrariando a diretriz emergente dos julgados pouco antes referidos, o ônus de provar não ter sido solicitado o vale-transporte, diante da dificuldade na obtenção de prova produzida pelo empregado[23]. Finalmente, em algumas oportunidades

(19) *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 1998. p. 169.

(20) Enunciado n. 212, do Tribunal Superior do Trabalho. No mesmo sentido, de modo expressivo: "Rescisão contratual. Causa. Ônus da prova. Face ao princípio da continuidade da relação de emprego, é sempre do empregador o ônus da prova do fato determinante do rompimento do vínculo, tanto quando alega justa causa, como quando, negando a dispensa, alega pedido de demissão. A falta de prova convincente de tais alegações importa no reconhecimento da dispensa sem justa causa." (TRT – 15ª R. – 3ª T. – Ac. n. 825.489/96 – Rel. Juiz Luiz C. de Araujo – DJSP 13.1.97 – p. 26); e "O ônus de provar o término do contrato de trabalho quando negado o despedimento é do empregador, porque o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. Inteligência da Súmula n. 212, do colendo TST" (TRT – 1ª R. – 2ª T. – RO n. 29.477/93 – Relª Juíza Amélia V. Lopes – DJRJ 19.1.96 – p. 58). Ainda assim: "Constitui ônus da reclamada a prova da alegação trazida com a contestação, de rescisão por pedido de dispensa pelo empregado" (TRT – 2ª R. – 10ª T. – Ac. n. 02950601272 – Rel. Juiz Bolivar de Almeida – DJSP 9.1.96 – p. 39).

(21) Enunciado n. 338, do Tribunal Superior do Trabalho.

(22) Essa última diretriz não se encontra ainda sumulada, mas manifesta-se em diversos julgados, bastando citar os seguintes: TRT – 13ª Reg., Ac. n. 8.958/92, Rel. Juiz Brandão Libânio in *DJPB* de 18.3.92, p. 12; TRT – 21ª Reg., Ac. n. 101/92, Rel. Juiz Miranda Monte in *DJRN* de 2.9.92, p. 10; TRT – 10ª Reg., 2ª T., Ac. n. 1.693/90, Rel. Juiz José Luciano C. Pereira in *DJDF* de 9.8.90, p. 17.215; TRT – 3ª Reg., 1ª T., Proc. RO n. 1.555/92, Rel. Juiz A. Paoliello in *DJMG* de 22.1.93, p. 4; TRT – 9ª Reg., 2ª T., Ac. n. 9.628/93, Rel. Juiz L. Stellfeld in *DJPR* de 3.9.93, p. 226.

(23) "No momento da admissão a empresa é que deve indagar do trabalhador se deseja o vale, se assim não for, a concessão do benefício fica a critério da empresa, pois esta rasga o pedido do empregado ou não lhe concede o emprego" (TRT – 2ª R. – 4ª T. – Ac. n. 2960232229 – Rel. Juiz José de R. da Costa – DJSP 13.5.96 – p. 57). "O empregado, via de regra, depende de condução para trabalhar, militando em seu favor presunção *juris tantum* de veracidade, não sendo crível que o mesmo deixe de requerer um benefício assegurado por lei. Por outro lado, compete ao empregador, quando da contratação, solicitar os dados necessários à concessão do benefício e, também, a prova de que o mesmo foi dispensado

serve-se de regras de experiência para inverter o resultado a que levaria a aplicação pura e simples do art. 818, da CLT[24].

Em todos os casos lembrados parte a jurisprudência da premissa de que, sendo mais fácil para o empregador produzir a prova necessária ao esclarecimento dos fatos, dado dispor de mais documentos, informações, recursos e registros[25], podendo ainda contar, na maioria das vezes, com mais numerosas testemunhas, não se justifica atribuir o ônus respectivo ao empregado, ônus do qual este último terá dificuldades muito maiores de se desincumbir. No fundo o próprio esclarecimento dos fatos estaria prejudicado, chegando o processo seguidamente a resultado insatisfatório, diante das limitações da prova efetivamente colhida.

Mas a evolução proposta pela jurisprudência, sobre ser sempre casuística, desenvolve-se de modo lento e nem sempre regular. Fica, portanto, ao sabor dos acontecimentos, sujeita a marchas e contramarchas. Cumpre, pois, editar regra geral distribuindo o ônus da prova de acordo com as possibilidades dos litigantes e considerando ainda o que se extrai da experiência, para com isso criar presunções apoiadas no que ordinariamente se passa, de modo a não prejudicar a tutela processual dos direitos pela incapacidade, existente no plano material, de produção da prova exigida[26].

Não basta, parece evidente, a mera atribuição de poderes ao juiz para averiguação dos fatos, como já se verifica nos arts. 653, alínea *a*, 680, alínea *f*, e 765, da CLT, na

pelo empregado" (TRT – 2ª R. – 6ª T. – Ac. n. 02950467339 – Rel. Juiz Paes de Almeida – DJSP 27.10.95 – p. 49). De modo particularmente expressivo mencionem-se os seguintes arestos: "Vale-transporte. Ônus da prova. Para a aquisição do direito ao vale-transporte, deve o empregado fornecer as informações necessárias, conforme o art. 7º, do Decreto n. 95.247/87. Mas, na dúvida sobre se ele as forneceu ou não, deve-se decidir contra o empregador, com fundamento no princípio da aptidão para a prova, que informa o processo do trabalho" (TRT – 3ª R. – 4ª T. – RO n. 3363/96 – Rel. Juiz Márcio T. Viana – DJMG 17.8.96 – p. 36) e "Vale-transporte. É da empresa o ônus de provar que o empregado não requereu o vale transporte, porquanto somente ela pode fazer tal prova, considerando-se a sua maior vantagem na avença laboral. Não o fazendo, devido é o benefício. Apelo da reclamada a que se nega provimento, pela manutenção do julgado de 1º grau" (TRT – 2ª R. – 7ª T. – Ac. n. 02960562547 – Rel. Juiz José M. Antunes – DJSP – 5.12.96 – p. 63).

(24) "Empregado vigilante. Intervalo para refeição e descanso. Ônus da prova. O cotidiano dos pretórios trabalhistas tem demonstrado que o empregado vigilante dificilmente usufrui de intervalos regulares para refeição e descanso. E isto se dá porque, via de regra, não há outro laborista apto a substituí-lo em tais interregnos, fazendo com que a alimentação se proceda assim no próprio posto de trabalho, dada a impossibilidade de interrupção do serviço. É o que ordinariamente acontece. Consequentemente, pertence ao empregador o ônus de demonstrar a efetiva fruição do intervalo, visto que o ordinário se presume, e o extraordinário se prova. Exegese dos arts. 335 do CPC e 818 da CLT. Recurso patronal desprovido." (TRT – 15ª R. – 2ª T. – Ac. n. 26.630/97 – Rel. Juiz Manoel Carlos Toledo Filho – DJSP 15.9.97 – p. 83).

(25) Genericamente sobre o tema, BARBOSA MOREIRA. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 1985, v. 37, p. 142.

(26) É o que já se encontra, de certo modo, no Código de Processo do Trabalho paraguaio de 1961, em cujo art. 137 se preceitua: *"Regirá el principio de inversión de la prueba, en todos los casos en que se demande el cumprimento de obligaciones impuestas por la ley"*.

Digitalizado com CamScanner

linha, aliás, dos arts. 130, 342, 355, 418 e 426, inciso II, todos do CPC. Como lembra Barbosa Moreira, "os ordenamentos ocidentais, ainda quando autorizem o juiz a proceder *ex officio* à colheita de provas, não chegam a criar-lhe o dever de fazê-lo[27] e a experiência mostra que poderes dessa natureza raramente são exercidos na prática, até porque não dispõe o julgador de informações suficientes para saber onde e como buscar os fatos importantes ao esclarecimento da causa, não contando, de outro lado, com condições favoráveis para o desempenho dessa atribuição, especialmente em regiões com grande volume de processos[28]. Ademais, a resistência à colheita de provas pelo próprio juiz é grande, afirmando-se até mesmo, de modo equivocado, que nessa matéria a inércia seria decorrência necessária do dever de imparcialidade[29].

Em consequência, a circunstância de serem as normas relativas ao ônus da prova, formalmente, meras regras de julgamento ou — para utilizar a expressão de Carnelutti — *"un surrogato della prova insufficiente"*[30] — não elide o problema, já que a limitada atuação do juízo na apuração dos fatos faz com que sejam essas regras largamente aplicadas, em prejuízo da melhor apuração da verdade.

Enquanto não houver mudança concreta das regras relativas ao ônus da prova, portanto, continuará o processo do trabalho, ainda preso à ideia da igualdade formal dos litigantes, a discriminar a parte menos favorecida da relação litigiosa.

5. Indiferença à demora na solução do litígio e discriminação

É inegável que o tempo afeta de modo profundamente desigual os litigantes. O dano maior recai sempre sobre o litigante pobre, que não pode se permitir *"el lujo de una espera... larga"*[31]. Na verdade, debilidade econômica significa também *"menor capacidad de resistência y de espera"*[32]. Daí observar Proto Pisani, que, em qualquer litígio, enquanto *"la parte economicamente più debole ha minori capacità di resistenza e di attesa, e di conseguenza subisce danni maggiori dalla lunghezza del processo... la parte economicamente più forte non solo ha maggiore capacità di resistenza e di attesa, ma anzi spesso (si potrebbe dire normalmente) ha interesse che il processo duri il più a lungo possibile"*[33].

(27) Julgamento e ônus da prova. In: *Temas de direito processual* — Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 78.

(28) BARBOSA MOREIRA. A função social do processo civil moderno..., p. 147.

(29) De menção obrigatória, por retratar de modo paradigmático essa orientação, o seguinte precedente: "A prova dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos) incumbe a quem os alega (art. 818, da CLT), não pode o juiz sair em auxílio a uma das partes e suprir o processo de provas que ela parte não tem interesse em realizar (princípio dispositivo), por respeito ao tratamento isonômico... (art. 125, II, CPC). A oficialidade (art. 765, CLT) diz respeito aos esclarecimentos em que o Estado tem interesse"(TRT — 2ª Reg., 6ª T., Ac. n. 30.149/98-8, Rel. Juiz Gézio Duarte Medrado. In: *DOESP* de 19.6.98). Confiram-se as palavras de Barbosa Moreira: "se o juiz se expõe à censura de parcialidade na hipótese de atuar, só porque a prova devida à sua atuação é suscetível de favorecer um dos litigantes, no rigor da lógica também ficaria exposto à mesma censura na hipótese de omitir-se: com efeito, a subsistente falta da prova, consequente à omissão, poderia favorecer a outra parte!" (Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: *Revista Jurídica*, n. 250, ago. 1998, p. 8).

(30) *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 265.

(31) CAPPELLETTI, Mauro. El nuevo proceso laboral bajo acusación. In: *Proceso, Ideologías, Sociedad*, p. 232.

(32) CAPPELLETTI, Mauro. Por una nueva 'Justicia del Trabajo'. In: *Proceso, Ideologías, Sociedad*, p. 247. Cf. ainda, a propósito, DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 100.

A observação feita torna-se particularmente relevante no processo do trabalho, em que, talvez mais do que em qualquer outro, é frequente, para não dizer constante, a disputa envolvendo partes com diferente capacidade econômica. Por conta disso, não pode ficar tal processo indiferente ao problema do tempo, como se os prejuízos provocados pela demora afetassem de igual forma os litigantes.

Surpreendentemente, porém, dedica a legislação processual trabalhista muito pouco interesse ao tema. Com exceção de alguns dispositivos recheados de boas intenções, mas sem grande eficácia prática (arts. 652, parágrafo único, 765 e 768, todos da CLT), não há — e isso é o mais importante — norma de caráter geral dando ao juiz o poder de combater os efeitos deletérios do tempo. E as poucas normas que, em situações excepcionais e limitadas, permitem a antecipação da tutela mostram-se bastante deficientes. De fato, na Consolidação das Leis do Trabalho a antecipação da tutela ou fica confinada a hipótese verdadeiramente cerebrina, sem nenhuma relevância prática, como no caso do art. 659, inciso IX, ou é objeto de regulamentação indevidamente restritiva, como na hipótese do inciso X, do mesmo art. 659, que deixa de considerar tantas outras situações de estabilidade no emprego que justificariam, igualmente, a previsão de medida liminar (estabilidade da gestante, do membro da CIPA ou de empregado beneficiado por disposição inscrita em acordo ou convenção coletiva de trabalho). Não bastasse isso, agrava-se o quadro pela resistência que a jurisprudência apresentou para a utilização da tutela cautelar, que bem poderia atenuar os prejuízos advindos da demora na entrega da tutela pedida[34].

Essa indiferença ao problema do tempo no processo acaba não apenas por discriminar a parte economicamente mais frágil, que não pode suportar as consequências da demora na solução do litígio, como, ainda, deforma o direito material. É o que ocorre, para ficar apenas no exemplo mais expressivo, com a estabilidade da gestante, proclamada depois de exaurido o prazo da garantia. O que se defere não é mais o direito de permanecer

(33) *Controversie individuali di lavoro*. Torino: UTET, 1993. p. 33.

(34) "Medida cautelar. Reintegração. *Inaudita altera parte*. 1. A jurisprudência do TST, considerando a instrumentalidade do processo cautelar, firmou-se no sentido de ser inviável a antecipação do pedido de reintegração no emprego, através do deferimento de liminar inaudita altera parte, pois tal procedimento resulta na concessão da tutela com natureza satisfativa e na ofensa ao direito líquido e certo ao princípio da ampla defesa, garantido constitucionalmente à parte requerida. 2. Remessa de ofício a que se nega provimento." (TST – SBDI 2 – Ac. n. 275/96 – Rel. Min. Francisco Fausto – DJ 11.10.96 – p. 38732). "Reintegração. Emprego. A ação cautelar tem natureza instrumental, sendo meramente preparatória da ação principal e visa possibilitar a atuação jurisdicional definitiva. É descabida a obtenção de reintegração no emprego, posto que esta providência somente é viável através do procedimento ordinário. Se concedida via procedimento cautelar, este se revestiria de caráter satisfativo e não mais instrumental." (TST – SDI – Ac. n. 904/95 – Rel. Min. Calixto Ramos – DJ 19.5.95 – p. 14.203). O quadro tem mudado, porém, como mostram a Súmula n. 414, incisos I e II, e a OJ-SDI II n. 64, ambas do TST.

Digitalizado com CamScanner

no emprego, assegurado em lei, mas simplesmente o direito aos salários e demais vantagens relativos ao período da garantia, outorgado em substituição a um direito que não mais pode ser satisfeito[35].

Mais surpreendente se mostra o quadro identificado no direito processual brasileiro do trabalho quando se considera a situação em outros sistemas jurídicos. Na Itália, por exemplo, tendo o legislador consciência dos graves prejuízos impostos ao litigante pobre pela demora, a antecipação da tutela surge, como instituto de maior amplitude e já bem delineado, primeiramente no âmbito justamente do processo do trabalho[36], passando apenas sucessivamente ao processo comum[37]. E isso porque — como notou na ocasião Proto Pisani, comentando a legislação que vinha de ser aprovada —, quando litigam, quase sempre partes com diferente capacidade de resistência e espera *"è dovere del legislatore, sensibile ai profili sostanziali de l'eguaglianza, individuare gli strumenti tecnici idonei a rimuovere (anche nell'ambito del processo) gli effetti dannosi che derivano dagli ostacoli di ordini economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini"*[38].

No Brasil esse dever do legislador não é visto com a mesma importância. A antecipação da tutela surge primeiramente no processo comum, em que não é tão marcante a desigual capacidade econômica dos litigantes, não sendo nem sequer cogitada pelo processo do trabalho, constrangido a servir-se tão somente da aplicação subsidiária de legislação estranha.

6. Conclusão

A ideia de dever o processo permanecer neutro, indiferente à condição peculiar dos litigantes, não se sustenta e contrasta com o reconhecimento, hoje pacífico, da insuficiência da igualdade meramente formal. A legislação processual do trabalho brasileira, porém, acha-se ainda presa a tal concepção. Disso resulta o agravamento, no plano processual, das desigualdades já existentes no plano material, com sensível discriminação do litigante dotado de menor capacidade econômica. Há que reformar, pois, o processo do trabalho, de modo a combater essa discriminação, indesejável sob qualquer prisma que se queira adotar. Trata-se, no fundo, não de mera faculdade, mas de autêntico dever imposto ao legislador, como resulta do já mencionado art. 3º, inciso III, da Constituição.

(35) "Estabilidade relativa. Conversão da reintegração em indenização... terminada a estabilidade, não há outra consequência senão o pagamento, como indenização substitutiva (CCB, art. 159), dos salários de todo o período" (TRT – 1ª Reg., RO n. 33.675/94, Rel. Juiz Marcelo de Oliveira. In: *DJRJ* de 25.8.97 – p. 97).

(36) Cf. art. 423, do CPC italiano, de acordo com a redação dada pela Lei n. 533/73.

(37) Art. 186-bis, do mesmo CPC, de acordo com a redação dada pela Lei n. 353/90.

(38) *Le controversie in materia di lavo ro*. Bologna: Zanichelli, 1974. p. 340.

Aspectos Processuais da Luta contra a Discriminação, na Esfera Trabalhista. A Tutela Antecipatória como Mecanismo Igualizador dos Litigantes Trabalhistas

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA

1. O uso do processo como instrumento de luta contra a discriminação

A luta contra a discriminação em geral e contra a discriminação no trabalho, em particular, não se esgota com a edição de normas constitucionais e legais que proclamem o direito de todos à igualdade: ao contrário, este é somente o primeiro passo para a concretização desse ideal.

É que o direito material, por mais fundamental que seja, por si só é impotente para mudar velhos e arraigados hábitos socioculturais e para implantar, na esfera decisiva da realidade, novos e mais civilizados padrões de comportamento que o legislador consagrou como modelos, no campo ainda abstrato das normas jurídicas. Em caso de descumprimento destas, a nova vontade concreta da lei, por mais justa que seja, só será eficaz se os interessados (aqueles que tenham sido lesados por qualquer prática discriminatória, como cidadãos ou como empregados) reagirem de forma regular, acionando a função jurisdicional do Estado contra os infratores de seus direitos, e se o aparato estatal for capaz de compelir estes últimos, em tempo útil, a concederem aos beneficiários das normas os bens de vida (materiais ou imateriais) que a ordem jurídica em tese já lhes assegura.

Por outro lado, no momento em que o Estado moderno assumiu o monopólio da jurisdição, vedando em princípio a "justiça pelas próprias mãos"[1] e impedindo,

(1) Considerada conduta criminosa, sob a denominação de "exercício arbitrário das próprias razões", pelo art. 345 do Código Penal, ao mesmo tempo em que o art. 5º, LIII, da Constituição da República de 1988 estabelece que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

Digitalizado com CamScanner

com isto, que os lesados atuem direta e pessoalmente contra aqueles que os tenham discriminado, em contrapartida passou a ter o dever de assegurar-lhes uma tutela jurisdicional pronta, adequada e eficaz. A ineficácia da jurisdição (e, como automática consequência, a falta de efetividade do direito material exposto a reiterado e impune descumprimento) favorece os mais fortes, não os que têm razão — perpetua, por isto, as desigualdades existentes no campo da realidade. Todo aquele que tenha sido ameaçado ou atingido por qualquer prática discriminatória faz jus a uma atuação do Estado-Juiz capaz de prevenir ou reparar plenamente as lesões cometidas contra seus direitos — qualquer coisa menos que isso tornará letra morta e mera hipocrisia legal o direito à igualdade consagrado na Constituição e nas leis brasileiras. É esta, no caso, a expressão prática do "*Direito à Eficácia da Jurisdição*", reconhecido e buscado pelo Direito Processual de nosso tempo.

Enquanto outros capítulos desta obra apontam, com indiscutível propriedade, o que ainda hoje existe de negativo no âmbito judicial no que se refere à discriminação, este trabalho, sem discordar dessas denúncias, busca explorar outro ângulo de abordagem: apesar de todas as dificuldades e deficiências, o que se pode fazer hoje, com os instrumentos processuais já disponíveis, para lutar contra a discriminação no âmbito trabalhista? Será que os operadores do Direito (advogados particulares e de entidades sindicais, representantes do Ministério Público do Trabalho e magistrados trabalhistas), ao invés de se limitarem a denunciar a falta de instrumentos eficazes contra as injustiças em geral e a discriminação em particular, têm aproveitado ao máximo as potencialidades dos mecanismos processuais já existentes?

Afinal, Moniz de Aragão[2] já há muito advertia: "a importância da contribuição de exegetas e operadores da lei é inegável. Por melhor que seja ela, se eles não forem atilados certamente não lograrão colher os frutos que pode produzir. Inversamente, sendo argutos podem obter resultados animadores ainda que a lei seja medíocre."

Para responder a tais indagações, no entanto, é preciso compreender o significado e o alcance do princípio constitucional da igualdade, bem como seus desdobramentos no âmbito trabalhista, em suas vertentes material e processual. É o que se procurará fazer a seguir.

2. O princípio constitucional da igualdade ou da isonomia

A igualdade constitui o signo fundamental da democracia[3]. A partir do triunfo e da disseminação dos princípios e ideais da Revolução Francesa de 1789, o princípio da igualdade passou a ser considerado um dos princípios estruturantes dos modernos Estados contemporâneos.[4]

(2) Em seu artigo "Efetividade do processo de execução". In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvador de (Org.). *O processo de execução* — estudos em homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 128-129.

(3) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. rev. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 191.

(4) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 562.

De início concebido como mero direito à "igualdade formal", no sentido de que "todos são iguais *perante a lei*" (ou seja, a lei deve ser aplicada de forma igual para todos), a aplicação desse princípio não foi suficiente para evitar o surgimento de novas e profundas desigualdades de natureza socioeconômica, mantidas e até incentivadas pelas leis do Estado Liberal.[5] Nesse sentido, tem razão a i. professora e jurista mineira Carmem Lúcia Antunes Rocha quando acentua que "a lei que afirma a igualdade dos homens não é bastante se não vem acompanhada de instrumentos capazes de torná-la um princípio eficaz".[6]

Evoluindo a partir da noção, a seu tempo inovadora, de que "todos são iguais *na lei*" (isto é, a própria lei deve conferir tratamento igual aos iguais, não podendo desigualar pessoas que se encontrem em situação de igualdade), avançou-se, no século XX, à busca da "igualdade *no Direito*". Passou-se assim a considerar que compete ao Direito promover a igualação dos iguais e o tratamento diversificado apenas daqueles que se diversificam, segundo critérios de Justiça racionalmente postos e suficientemente motivados. Por fim, chegou-se em todos os países civilizados ao estágio atual, no qual o Direito assume uma postura dinâmica, procurando "igualar iguais desigualados por ato ou com a permissão da lei. O que se pretende, então, é que a *igualdade perante a lei* signifique *igualdade por meio da lei*, vale dizer, que seja a lei o instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas entre as pessoas. (...) Enquanto, antes, buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de *promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desigualando em alguns aspectos* para que o resultado seja o equilíbrio justo e *a igualdade material e não meramente formal*".[7]

Na mesma linha, o i. magistrado e professor gaúcho Rui Portanova[8] assim se pronuncia:

> Não é difícil constatar: o princípio jurídico da igualdade ou da isonomia é um princípio dinâmico. Melhor se diria ao denominá-lo *princípio igualizador*. Ou seja, não se trata de uma determinação constitucional estática que se acomoda na fórmula abstrata "todos iguais perante a lei". Pelo contrário, a razão de existir de tal princípio é propiciar condições para que se busque realizar a igualização de condições desiguais.

(5) Como observa com profundidade e lucidez Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. tomo IV, p. 689), "a desigualdade econômica não é, de modo algum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato *mais* desigualdades econômicas mantidas *por leis*. O direito que em parte as fez pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência a maior igualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensa das desigualdades".

(6) *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 35-36.

(7) ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. *Op. cit.*, p. 29.

(8) *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 39.

Digitalizado com CamScanner

É que, havendo indiscutivelmente desigualdades, a lei abstrata e impessoal que incida em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar injustiça.

Ada Pellegrini Grinover[9], distinguindo a igualdade estática (ou formal) da igualdade dinâmica, é também lapidar a respeito:

> Na dimensão estática, o axioma de que todos são iguais perante a lei parece configurar, como foi argutamente observado, mera ficção jurídica, no sentido de que é evidente que todos são desiguais, mas essa patente desigualdade é recusada pelo legislador. A isonomia supera, assim, as desigualdades, para afirmar uma igualdade puramente jurídica. Na dimensão dinâmica, porém, verifica-se caber ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real.

Como se vê, tal princípio não pode ser interpretado de forma simplista e literal no sentido de que toda e qualquer discriminação seria por princípio vedada, tanto para o legislador quanto para o aplicador do direito. Como bem acentua Celso Ribeiro Bastos[10], a igualdade consiste, em primeiro lugar, "no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional", acrescentando que "a igualdade e a desigualdade não residem intrinsecamente nas coisas, situações e pessoas, porquanto, em última análise, todos os entes diferem entre si, por mínimo que seja. O que acontece é que certas diferenças são tidas por irrelevantes, segundo o critério que se tome como discrímen. (...) o princípio da isonomia pode ser lesado tanto pelo fato de incluir na norma pessoas que nela não deveriam estar, como também pelo fato de não colher outras que deveriam sê-lo".

José Afonso da Silva[11], citando Petzold, esclarece com acerto que "o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os "iguais" podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como "essenciais" ou "relevantes", certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos, as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos "essenciais" previstos por essas normas, são consideradas encontrar-se nas "situações idênticas", ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos".

(9) *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 6.

(10) *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1989. 2. v., p. 7 e 9.

(11) *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p. 192.

Celso Antônio Bandeira de Mello[12] coloca a questão central de forma precisa: "Como a discriminação de situações pela lei é normal (por ser esta mesma sua função), a indagação correta a propósito do problema da isonomia é: o que não pode ser discriminado sem ofensa ao princípio da igualdade? ou seja, quando não é possível à lei desigualar situações?"

Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos[13], "o cerne do problema permanece irresolvido, qual seja, saber quem são os iguais e quem são os desiguais", observando que, embora o Texto Constitucional vede que certas situações sejam erigidas em elemento discriminador (sexo, raça, cor, idade etc.), "não é neles que repousa o exato conteúdo do princípio da isonomia. O que este realmente protege são certas finalidades (...). Em síntese, só se tem por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontre a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito".

Enfrentando a questão da determinação do critério justo para a igualação e para a desigualação das pessoas, Carmem Lúcia Antunes Rocha, depois de acentuar sua dificuldade e seu relativismo histórico, esclarece que "qualquer fator diferenciador que não possa ser vinculado, objetiva e logicamente, ao fim pretendido pela norma jurídica e que será, insuperavelmente, o de conferir tratamento igual para a justiça da situação protegida, considera-se como inválido". E conclui:

> Critério justo é o que se valida juridicamente por atentar a uma condição singular e intrínseca do fator eleito e por guardar estreita, lógica, direta e objetiva correspondência com o interesse juridicamente protegido em cumprimento à finalidade posta no sistema. (...)
>
> O que é indisputável é que critério discriminador legal não é pretexto e desigualação jurídica não é arbítrio para a manutenção de aversão ilógica e particular por determinada situação ou pessoa.
>
> É, pois, da concretude da resultante do fator empregado com o interesse jurídico buscado que se tem a igualdade jurídica e não o arbítrio legal.[14]

Não pode haver dúvida de que a Constituição Brasileira de 1988, refletindo as modernas concepções até aqui expostas, consagrou a igualdade como um de seus princípios fundamentais. Em primeiro lugar, colocou-a em seu Preâmbulo como um dos "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e *sem preconceitos*" a que almeja aquela Norma Fundamental. Além de seu clássico sentido estático ou formal, consagrado de forma expressa no *caput* de seu art. 5º ("Todos são iguais perante a lei, sem

(12) *Vantagens pessoais e vantagens de carreira*. RDP, 18:107-15, out./dez. 1971, *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários ...*, op. cit., p. 7, e *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 21 e ss.

(13) *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988), op. cit., p. 7 e 9.

(14) *O princípio constitucional da igualdade*, op. cit., p. 46-47. Para um aprofundamento da concepção de que o princípio da igualdade equivale à proibição do arbítrio, consulte-se também CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, op. cit., p. 565-567.

Digitalizado com CamScanner

distinção de qualquer natureza"), também seu sentido dinâmico restou claramente estabelecido no inciso III de seu art. 3º, quando ali se proclamou ser um dos objetivos fundamentais de nossa República "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

José Afonso da Silva acentua que tal princípio é reforçado em nosso Texto Fundamental com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais.[15] Da leitura do art. 5º da Constituição, que consagra os direitos e deveres individuais e coletivos dos cidadãos em geral[16], se extraem seus incisos I ("homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"[17]), VIII (onde se veda a privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo nos casos de escusa de consciência relativa a obrigação legal a todos imposta e de recusa de cumprimento de prestação alternativa legalmente fixada), XLI (que estabelece que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"), XLII (que caracteriza a prática de racismo como "crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"), sendo relevante observar que, nos termos de seu § 1º, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Por sua vez, o § 2º do seu art. 12, que trata da nacionalidade, estatui que "a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição".

Da mesma forma, dentre os direitos sociais assegurados pelo art. 7º da Norma Fundamental aos trabalhadores urbanos e rurais encontramos aqueles de que tratam os seus incisos XX (onde se prevê, através de incentivos especiais compensatórios e com claro intuito antidiscriminatório, proteger o mercado de trabalho da mulher), XXX (que proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil), XXXI (que proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência), XXXII (que proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos) e XXXIV (que estabelece a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso). De sua parte, o § 1º, inciso II, de seu art. 173 (tanto antes como depois da nova redação dada a esse dispositivo pela Emenda Constitucional n. 19/98) também assegura a isonomia de tratamento entre os empregados das empresas privadas e os empregados das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias.

(15) *Curso de direito constitucional positivo*, *op. cit.*, p. 188.

(16) Sendo de se observar que o estado de subordinação jurídica do empregado a seu empregador ou sua inserção na organização empresarial não o priva de seus direitos e garantias fundamentais que lhes são assegurados na condição de cidadão, como bem ensina a i. professora e magistrada do TRT da 3ª Região, Alice Monteiro de Barros, em sua valiosa e pioneira obra *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 33-34.

(17) Sobre o princípio da não discriminação em geral e sobre a proibição da discriminação por motivo de sexo, veja-se também a outra e igualmente valiosa obra de Alice Monteiro de Barros. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. cap. III, p. 130 e ss.

O relevo e a importância dados pelo legislador constituinte ao princípio da igualdade não deixa dúvidas quanto à sua natureza de *princípio e norma verdadeiramente supra-constitucional* — assim, até mesmo as demais normas constitucionais lhe devem respeito[18], devendo ser afastada qualquer interpretação destas últimas que implique vulneração ou esvaziamento daquele princípio fundamental que, como um dos direitos e garantias individuais, integra as chamadas *cláusulas pétreas da Constituição*, que são insuscetíveis de modificação até mesmo mediante Emendas Constitucionais (art. 60, § 4º, IV, da Carta Fundamental)[19].

3. A aplicação prática do princípio da igualdade no Direito Material do Trabalho

A esfera trabalhista é fértil campo de aplicação do princípio da igualdade, da isonomia ou da não discriminação, pela própria natureza das relações nela estabelecidas. Sem pretensão de exaurir o tema, cumpre agora simplesmente apontar os momentos e as situações em que tal princípio tem ensejado consequências práticas no âmbito da relação de emprego, permitindo o controle da constitucionalidade da legislação ordinária e condicionando sua aplicação e interpretação, para só depois passar ao exame do tema sob a ótica processual.

Definindo a discriminação constitucionalmente vedada, Alice Monteiro de Barros[20] esclarece que, etimologicamente, a palavra, de origem anglo-americana, significa *o caráter infundado de uma distinção*. Citando doutrina italiana, acrescenta que "a discriminação traduz uma situação subjetiva de tratamento diferenciado em relação a uma qualidade possuída pelo sujeito, (...) lesiva de um interesse econômico, moral, profissional ou de outra ordem". Conclui que a discriminação pressupõe sempre uma comparação desfavorável com o tratamento atribuído a outra pessoa por motivos infundados, arbitrários ou ilegítimos, podendo manifestar-se de forma direta (por meio de um tratamento desigual fundado em razões proibidas) ou indireta (mediante um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre um e outro empregado).

Ao contrário do que erroneamente por vezes se proclama, não é só por intermédio da equiparação salarial disciplinada pelos arts. 5º e 461 da CLT que o princípio constitucional

(18) Sobre a hierarquização dos princípios e das normas constitucionais entre si, vejam-se ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*, *op. cit.*, p. 21-25; e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, *op. cit.*, p. 190-192 e 234-236.

(19) Valendo lembrar, a esse respeito, a lição de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 230): "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e correção de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada".

(20) *A mulher e o direito do trabalho*, *op. cit.*, p. 137-138.

Digitalizado com CamScanner

da isonomia ganha aplicação prática no Direito do Trabalho (embora evidentemente esta seja uma de suas mais importantes projeções). Pode-se mesmo afirmar que a proibição constitucional de qualquer discriminação está sempre presente na relação de emprego, desde o momento de sua efetivação e até mesmo após sua extinção (nos casos em que subsistem obrigações do empregador para com seu ex-empregado), como demonstram os exemplos a seguir apontados, extraídos da doutrina e da jurisprudência recente de nossos Tribunais.

No que se refere à fase de contratação, o preceito expressamente estabelecido no inciso XXX do art. 7º da Constituição de 1988, que proíbe "diferença de salário, de exercício de funções e *de critério de admissão* por motivo de *sexo, idade, cor* ou *estado civil*" foi regulamentado e complementado, quanto ao último discrímen, pela Lei n. 9.029, de 13.4.95. Em seu art. 1º ficou "proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa *para efeito de acesso a relação de emprego*, ou sua manutenção" por aqueles motivos ou também em virtude de *origem* ou de *situação familiar*, chegando a criminalizar algumas condutas discriminatórias, tipificadas em seu art. 2º, e estabelecendo sanções para todos os casos: multa administrativa (a cargo da fiscalização do trabalho, vinculada às Delegacias Regionais do Trabalho) e a proibição de o infrator obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Como bem salienta o i. professor, magistrado do TRT da 3ª Região e coordenador da presente obra coletiva Márcio Túlio Viana[21], se o trabalhador sofrer discriminação no curso do contrato de trabalho, terá direito a uma das reparações prefixadas nos incisos I e II do art. 4º daquela lei — "mas se a discriminação é na *contratação*, deverá ser indenizado pelos prejuízos materiais que eventualmente vier a sofrer, por força do art. 159 do Código Civil", acrescentando que em ambos os casos "a prática de ato discriminatório pode ensejar o pagamento de indenização *por dano moral*, independentemente de qualquer outra verba que o trabalhador vier a receber[22]".

Quanto à competência jurisdicional nos casos de responsabilidade *pré-contratual* e a despeito de respeitáveis posicionamentos em contrário, aderimos ao entendimento do mesmo autor de que é ela da Justiça do Trabalho, pois, se a empresa nega ao trabalhador a possibilidade de ser admitido por motivos de discriminação legalmente vedada, está tocando na esfera da relação de emprego (configurando situação análoga à que ocorre nos

(21) Em seu artigo "Proteção contra atos discriminatórios" sobre a referida Lei n. 9.029/95, constante da obra coletiva, coordenada por ele e pelo professor e magistrado do TRT da 3ª Região RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 101-102.

(22) Havendo o Colendo Supremo Tribunal Federal, recentemente, firmado claro entendimento de que, em casos de indenização por danos morais alegadamente causados no âmbito do contrato de trabalho, a competência para apreciar e julgar tal dissídio é da Justiça do Trabalho: "Indenização por Dano Moral. Justiça do Trabalho. Competência. Ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil" (STF, RE n. 238.737-4 (SP), Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Ac. 1ª Turma de 17.11.98. In: *Revista LTr*, 62-12/1620-1621).

casos das complementações de aposentadoria, em que a responsabilidade *pós-contratual* do antigo empregador é pacificamente de competência dessa Justiça Especial). É esta também a posição de Alice Monteiro de Barros, que invoca o magistério de Délio Maranhão, Amauri Mascaro Nascimento e Tostes Malta no sentido de que tal dissídio se insere dentre as controvérsias oriundas das relações de emprego objeto do art. 114 da Constituição e o dano se apura em função da previsível formação de um contrato de trabalho, que não ultrapassou sua fase preliminar e que se esgotou no nascedouro por culpa de uma das partes[23].

A gama de lesões ao princípio constitucional da igualdade ou da isonomia praticadas no curso da relação de emprego é extensa: podem se referir ao direito do empregado de receber salários iguais aos pagos àquele que temporariamente substituiu na mesma função (mas não aos percebidos por aquele que sucedeu em definitivo, conforme jurisprudência praticamente unânime a respeito), sendo aqui aplicáveis os entendimentos consagrados no Enunciado n. 159/TST[24] e no Precedente Jurisprudencial n. 96 da Seção de Dissídios Individuais (SDI) do TST[25]; casos de desvio de função ou de reenquadramento, em que o reclamante desenvolva as mesmas funções exercidas por outros empregados que ganhem salários superiores aos seus em empresas que, formalmente ou ao menos no plano da realidade, apresentem estruturas organizadas de cargos e salários; casos de equivalência de função na falta de estipulação do salário, disciplinados pelo art. 460 da CLT[26]; extensão de aumentos salariais gerais a trabalhadores que deles foram arbitrariamente excluídos[27]; concessão de salários e demais vantagens assegurados aos empregados de empresas que contratem trabalhadores por interposta pessoa para desempenho das mesmas funções[28]; concessão de licença-maternidade

(23) *Proteção à intimidade do empregado*, *op. cit.*, p. 168-171.

(24) "*Substituto.* Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído."

(25) "*Férias. Salário-substituição.* Devido. Aplicação do En. n. 159."

(26) "Art. 460. Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante."

(27) "*Aumento salarial. Discriminação dos vigilantes. Princípio da isonomia.* 1. Concedendo o empregador aumento salarial geral aos seus empregados, não pode excluir discricionariamente determinados trabalhadores, sob pena de atentar contra o princípio constitucional da isonomia. 2. Revista conhecida e desprovida" (TST, 3ª Turma, RR n. 37.424/91, Relator Ministro Francisco Fausto, DJU 2.9.94, p. 22.888).

(28) "*Terceirização. Princípio da isonomia. Aplicação analógica do art. 12-A, da Lei n. 6.019/74.* A *analogia legis* implica no reconhecimento de que a questão *sub judice*, apesar de não se enquadrar no dispositivo legal, deve cair sob sua égide por semelhança de razão (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*). Se os trabalhadores temporários, por força do art. 12, *a*, da Lei n. 6.019/74, fazem jus à remuneração equivalente à paga aos empregados da mesma categoria profissional da empresa tomadora de seus serviços, com muito maior razão os trabalhadores contratados de forma permanente por empresa interposta para a prestação de serviços essenciais à empresa cliente terão direito a todas as vantagens asseguradas à categoria dos empregados da mesma. A terceirização de mão de obra, mesmo quando lícita, não pode servir de instrumento de redução dos custos de mão de obra, se isto implicar em violação do princípio constitucional da isonomia" (TRT-3ª Região, RO n. 7.565/94, 3ª Turma, Redator Juiz (convocado) José Roberto Freire Pimenta, DJ/MG 25.7.95).

Digitalizado com CamScanner

para a mãe adotiva[29]; invalidação de cláusulas de normas coletivas de trabalho ou de sentenças normativas que estabeleçam pisos salariais diferenciados em função da idade dos trabalhadores ou que excluam desse direito os empregados menores[30].

Merece especial destaque recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal sobre o salário-maternidade, ainda em sede liminar de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta contra o art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.98, o qual, literalmente e sem qualquer ressalva, havia limitado o valor de *todos* os benefícios pagos pela Previdência Social Nacional a R$ 1.200,00 — o que obviamente afetaria as empregadas que percebem salários superiores a este montante e seus respectivos empregadores (os quais, por força do inciso XVIII do art. 7º da Constituição que assegura licença à gestante "sem prejuízo do emprego *e do salário*", ficariam onerados com o pagamento da diferença não coberta pelo benefício previdenciário).

Como noticiado pela imprensa, aquela Corte, em decisão unânime proferida na sessão de 29.4.99 e que referendou o voto do Ministro Relator Sydney Sanches, levando em conta o disposto na Convenção n. 103 da OIT, ratificada por nosso país (que estabelece em seu art. 4, n. 8, que, em nenhum caso, deverá o empregador ser responsável pelo custeio do salário-maternidade) e que a norma poderia implicar futuramente em redução salarial para mulheres ou acarretar o risco de discriminação entre homens e mulheres, deferiu a medida cautelar "para, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, deixar expresso que a citada disposição não se aplica à licença-maternidade a que se refere o art. 7º, inciso XVIII da Carta Magna, respondendo a Previdência Social pela integralidade do pagamento da referida licença, nos termos do voto do Relator"[31].

Também por ocasião da ruptura do contrato de trabalho incide a vedação constitucional quanto a práticas discriminatórias, sendo de se invocar em primeiro lugar

(29) "*Salário-maternidade. Mãe adotiva.* Inobstante a legislação trabalhista seja omissa acerca do direito à licença-maternidade da mãe adotante, negar tal direito a esta, contudo, importaria *discriminação* ao próprio filho adotivo, contrariando-se, assim, a Carta Magna que, ao instituir a licença-maternidade, visou resguardar o interesse social em que o novo ser humano alcance desenvolvimento pleno e satisfatório sob os aspectos físico e psicológico. Ao Estado, enquanto comunidade, interessa a formação de um ser humano hígido, saudável. E nisso é insubstituível o papel da mãe, especialmente nos primeiros meses, seja o filho natural, ou não. Recurso de revista a que se dá provimento" (TST, 1ª Turma, RR 233891/95, Relator Ministro Lourenço Prado, DJU 26.9.97, p. 47.777).

(30) "*Dissídio coletivo. Proibição de diferença de salários em razão de idade.* A Constituição da República, no seu art. 7º, inciso XXX, assegurou aos trabalhadores urbanos e rurais o direito à 'proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil'. Sentença normativa que exclui dos empregados menores o direito ao piso salarial nela fixado, colide com o referido preceito constitucional. Recurso provido para excluir a discriminação" (TST, SDC, RODC, Relator Ministro Indalécio Gomes Neto, DJU 21.10.94, p. 28.509).

(31) Sendo que a natureza de *norma supraconstitucional* do princípio da igualdade ou da isonomia foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ao rejeitar, também por unanimidade, "preliminar suscitada pelo Presidente do Senado Federal, por entender que se revela juridicamente possível a fiscalização abstrata de constitucionalidade que tenha por objeto emenda à Constituição (a EC n. 20/98, no caso) alegadamente vulneradora de cláusulas pétreas inscritas no art. 60, § 4º, da Constituição da República" (decisão da liminar).

os dispositivos da já citada Lei n. 9.029/95, que coíbe expressamente em seu art. 4º "o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório", facultando ao empregado lesado optar entre "a readmissão" (mais tecnicamente, a reintegração), com ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, sempre com os devidos juros e correção monetária. Relativamente frequentes têm sido os casos de reintegração de empregados portadores do vírus da AIDS, alvo de dispensas discriminatórias.[32] Também nos casos de dispensa por justa causa de apenas alguns dos empregados envolvidos em infrações disciplinares o princípio da igualdade tem tido aplicação prática[33].

Mesmo após a ruptura do contrato de trabalho, incide a proibição de atos discriminatórios nos casos envolvendo, por exemplo, complementações de aposentadoria[34].

Nem sempre, no entanto, as alegações de ofensa ao princípio constitucional da igualdade são acolhidas pelos Tribunais, quando se entende que a eventual desigualdade de tratamento é fundada (ou seja, não arbitrária). É o caso, por exemplo, da validade dos requisitos exigidos pelo art. 461 da CLT para a configuração do direito à equiparação salarial[35], da recepção, pelo novo texto constitucional de 1988, do art. 383 da CLT

(32) "*Servidor público. Aplicação da Lei n. 7.670/88. Reintegração aldético. Dispensa antissocial ou arbitrária obstativa ao seguro doença. Discriminatória. Nulidade do ato patronal.* Empregado portador do vírus da AIDS não é beneficiário de estabilidade (Lei n. 7.670/88), por não ostentar a condição de servidor público. A reintegração, *in casu*, decorre do ato patronal eivado de nulidades, configurando-se a despedida antissocial ou arbitrária, obstativa ao seguro doença, além de discriminatória (inteligência e aplicação do art. 5º da CF/88, art. 5º da LICC, art. 476 da CLT e princípios protetores do Direito do Trabalho)" (TRT 3ª Região, RO n. 6.763/94, 3ª Turma, Relator Juiz Álfio Amaury dos Santos, DJ/MG 7.2.95).

(33) "*Recurso da empresa.* Impossível a individualização da pena, quando clara a discriminação. Injusta, portanto, a despedida de apenas alguns, dentre todos os empregados que participaram do movimento grevista da empresa. Recurso conhecido, em parte e desprovido. Recurso do Empregado. Recurso não conhecido ante a inespecificidade dos arestos oferecidos" (TST, 1ª Turma, RR 6269/88, Relª Ministra Cnéa Moreira, DJU 21.9.90, p. 9.880).

(34) "*Complementação de aposentadoria. Direito adquirido e isonomia. Art. 468 da CLT. Enunciados ns. 51 e 288/TST.* Estando o direito à complementação de aposentadoria, na data de admissão do reclamante, assegurado aos empregados do Banco empregador pelos estatutos da fundação assistencial por este instituída, a posterior revogação dessa norma regulamentar não pode atingir seu direito adquirido correspondente, cujo exercício, nos termos do art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, dependia apenas do implemento de condição preestabelecida (a efetivação de sua aposentadoria) e já havia se incorporado em definitivo a seu contrato de trabalho, nos termos do art. 468 Consolidado. Ademais, a negativa de lhe conceder tal vantagem quando da rescisão contratual, em cotejo com a comprovada concessão anterior daquela complementação a outros empregados na mesma situação, configura injustificável ofensa ao princípio da isonomia que deve ser judicialmente reparada. Inteligência e aplicação dos Enunciados 51 e 288 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho" (TRT-3ª Região, RO 1586/95, 2ª Turma, Relator Juiz (convocado) José Roberto Freire Pimenta, DJ/MG 28.4.95).

(35) "*Igualdade salarial. Não atendimento dos pressupostos do art. 461 da CLT. Pedido com base no princípio da isonomia. Impossibilidade.* O princípio da isonomia salarial, tipicamente de natureza antidiscriminatória de tratamento salarial em razão de idade, sexo, cor ou estado civil (art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal), não atrita com o art. 461 da CLT, que cuida da equiparação salarial e que adota o mesmo princípio. A regra da igualdade formal condena a discriminação baseada exclusivamente na cor, na raça, no sexo e no estado civil do trabalhador, objetivando valorizar o ser humano, em respeito a seus direitos fundamentais, mas não impede a desigualdade em razão da exigência de pressupostos, como

Digitalizado com CamScanner

(que exige a concessão à empregada de intervalo para refeição e repouso não inferior a uma hora nem superior a duas horas)[36] e da recepção, pelo novo ordenamento constitucional, do denominado "recurso *ex officio*" previsto no art. 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 779/69 para as decisões total ou parcialmente contrárias à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e suas autarquias e fundações que não explorem atividade econômica[37].

Embora tenham aqui sido apontados vários casos em que o princípio constitucional da igualdade foi judicialmente tutelado, é preciso reconhecer que a dificuldade básica dos trabalhadores alvo de práticas discriminatórias continua irresolvida: é que não contam eles com qualquer proteção eficaz contra o despedimento imotivado[38], podendo

o da identidade funcional e trabalho de igual valor. Ao preconizar a isonomia salarial, a CLT, em seu art. 461, é específica em exigir que, entre equiparando e paradigma, existam: identidade funcional; trabalho de igual valor (quantitativo e qualitativo); inexistência de diferença na função superior a dois anos; mesmo empregador; mesma localidade da prestação dos serviços e inexistência de quadro de carreira na empresa. Logo, deferir pedido de diferenças salariais, sob o fundamento da isonomia, sem a estrita observância dos elementos identificadores da identidade funcional, do trabalho de igual valor e dos demais pressupostos do art. 461 da CLT, requisitos estes todos imprescindíveis à configuração da perfeita igualdade entre equiparando e paradigma, é afrontar literal e diretamente o dispositivo em exame. Recurso provido" (TST, 4ª Turma, RR n. 412.967/97, Redator (designado) Ministro Milton de Moura França, DJU 8.5.98, p. 525).

(36) *"Recurso de revista. Horas extras provenientes da ampliação do intervalo intrajornada. Art. 383 da CLT.* A correlação lógica entre o fator objetivo e a discriminação procedida impede que esta se constitua em violação do princípio da igualdade. É a hipótese do art. 383 da CLT que se dirige à proteção do trabalho da mulher. A natureza não fez homens e mulheres iguais: a desigualdade é visível e não poderia ser modificada por simples vontade do legislador. Assim é que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Sendo claro que a constituição física, emocional e psicológica das pessoas do sexo feminino difere daquela inerente às do sexo masculino, é um imperativo de justiça que o tratamento dado em relação às mulheres, pela legislação trabalhista, seja, em alguns aspectos, diferente do que é dado aos homens. Com base nisso, a regra de proteção ao trabalho da mulher insculpida no art. 383 da CLT é lógica e razoável, já que presente a correlação lógica entre o fator objetivo e a diferenciação de tratamento elencada. Trata-se de norma cogente do Direito do Trabalho, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não podendo ser modificada por acordo entre as partes. Devidas, pois, as horas extras pleiteadas. Revista conhecida por violação do art. 383 da CLT e provida no mérito, para restabelecer a r. sentença de primeiro grau" (TST, 5ª Turma, RR 48478/92, Relator Ministro Armando de Brito, DJU 19.8.94, p. 21.009).

(37) Entendimento que acabou consagrado pelo Enunciado n. 303/TST (*"Fazenda Pública. Duplo grau de jurisdição.* Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, decisão contrária à Fazenda Pública."), a despeito da brilhante argumentação em contrário do i. professor e magistrado do TRT da 3ª Região, Antônio Álvares da Silva, em seu capítulo "Revogação do Decreto-lei n. 779/69 pela Constituição de 88" constante de sua obra *Questões polêmicas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1992. v. 1, p. 149-173. No sentido da subsistência da remessa obrigatória também se pronuncia o r. magistrado da 24ª Região Júlio César Bebber, em seu livro *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 81-85 e, especificamente, p. 93-101, com a importante ressalva de que, a seu ver, deve ser possível a modificação da decisão de primeiro grau pelo órgão de segundo grau em detrimento da Fazenda Pública, por força da plenitude do efeito *translativo* operado pela remessa obrigatória, exatamente porque o entendimento contrário, no sentido da impossibilidade da *reformatio in pejus*, ofenderia o princípio constitucional da isonomia, por implicar favorecimento infundado de uma das partes em detrimento da outra.

(38) Depois da denúncia da Convenção n. 158/OIT pelo Poder Executivo Federal (cujo alcance, de resto, já havia sido limitado pela interpretação que lhe foi dada pela i. maioria do Excelso Supremo Tribunal

perder seus empregos, em clara represália patronal, caso contra elas se insurjam no curso do contrato de trabalho. Por outro lado, se só pleitearem em juízo a reparação das lesões após a perda de seu único meio de subsistência (o emprego), ainda terão que se defrontar com uma inevitável demora no andamento de seu processo, mesmo nas Regiões em que está dividida a Justiça do Trabalho de nosso país em que o acúmulo de casos não converteu em letra morta o princípio da celeridade processual.

E é aqui que ganha relevo o exame do problema sob o ângulo do direito processual.

4. O princípio constitucional da igualdade e o Direito Processual do Trabalho

O denominado "princípio da igualdade jurisdicional" (ou "da paridade entre as partes"), que se concretiza, por exemplo, na regra expressa do art. 125, I, do Código de Processo Civil (pelo qual o juiz, na direção do processo, deve "assegurar às partes igualdade de tratamento"), é a direta projeção, no campo processual, do direito constitucional da igualdade ou da isonomia. Por isto mesmo, aliás, não pode ser interpretado de forma simplista e restritiva como se as partes sempre tivessem direito a um tratamento absolutamente idêntico em Juízo[39].

Como bem observa José Afonso da Silva[40], formalmente a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia à acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV) — mas, *realmente*, essa igualdade não existe, "pois está bem claro hoje que tratar 'como igual' a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça"[41].

É o que desde a década de 40 já proclamava Calamandrei, de modo candente:

> O novo processo se deu conta de que a afirmação puramente jurídica da igualdade das partes pode converter-se em letra morta se depois, no caso

Federal) e pelo menos enquanto o Congresso Nacional não houver por bem de aprovar a lei complementar prevista no inciso I do art. 7º da Constituição para proteger a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa — não sendo eficaz contra esta situação o uso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, diante da falta de previsão, no § 2º do art. 103 do Texto Fundamental, da emissão de uma decisão judicial normativa, ou do mandado de injunção instituído pelo inciso LXXI do art. 5º da Constituição, pelo menos enquanto prevalecer a interpretação restritiva que, também por maioria, a mais alta Corte de Justiça de nosso país confere a este último instituto (vejam-se, a esse respeito, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991. cap. 5, p. 202-213 e o i. Ministro do STF e Professor VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994. p. 118, 135-136 e 168-175).

(39) Nesse sentido se pronuncia Carmem Lúcia Antunes Rocha, advertindo que o tratamento paritário das partes em Juízo não significa identidade, porque sua desigualdade econômica "gera dificuldades de resultado de Justiça igual para ambas, pelo que para que a balança dos pratos que a simboliza se equilibre há que se colocar num deles, eventualmente, um peso a mais para contrabalançar a força da outra" (*O princípio constitucional da igualdade*, *op. cit.*, p. 78).

(40) *Curso de direito constitucional positivo*, *op. cit.*, p. 195.

(41) CAPPELLETTI. *Proceso, ideologia, sociedad*, p. 67, *apud* SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 195.

Digitalizado com CamScanner

concreto, a disparidade de cultura e de meios econômicos coloca uma das partes em condições de não poder se servir dessa igualdade jurídica, porque o custo e as dificuldades técnicas do processo, que a parte abastada e culta pode facilmente superar com os próprios meios e fazendo-se assistir, sem nada economizar, por defensores competentes, constituem, por outro lado, para a parte pobre, um obstáculo frequentemente insuperável no caminho para a justiça. Para eliminar, no curso do processo, os perigos derivados destas desigualdades sociais, o novo código teve especial cuidado em desenvolver todos aqueles institutos que podem servir para pôr a parte mais fraca em condições de paridade inicial frente à parte mais forte, e em impedir que, devido a inferioridade de cultura e de meios econômicos, a igualdade de direito possa transformar-se diante dos juízes em uma desigualdade de fato.(42)

Ao discorrer sobre a igualização das partes no processo civil, Rui Portanova(43) é incisivo:

> Não basta que o povo participe do processo; é preciso que o processo lhe dê resposta. (...) A igualização promovida pelo juiz não compromete em nada a importância essencial da imparcialidade do juiz — pelo contrário, fortalece o princípio da imparcialidade(44). (...)
>
> Atuação judicial burocrática, que se renda ao legalismo da igualdade meramente formal e nominal, acaba pondo em dúvida a imparcialidade e a independência do juiz. Presidir um processo assegurando às partes igualdade de tratamento, tal como determina o inc. I do art. 125, nem de longe significa ficar abúlico às disparidades muitas vezes flagrantes entre as condições pessoais das partes e dos advogados que as representam.
>
> A inércia judicial nestas condições será flagrante favorecimento da parte mais forte. (...)
>
> Dispensar o mesmo tratamento aos loucos e aos sãos, aos pobres e aos ricos, aos fortes e aos fracos, aos jovens e aos velhos, à parte bem representada e à mal representada por advogado não viola apenas o princípio jurídico. A doutrina vem demonstrando que também o princípio da imparcialidade e do contraditório restam violados. *Juiz equidistante não significa juiz distante.*
>
> Com desigualdade entre as partes não há imparcialidade judicial, mas conivência na opressão pela via judicial do mais forte sobre o mais fraco. Sem que as partes estejam em igualdade de condições de postular seus direitos (que não raro desconhecem) o contraditório é uma farsa.

(42) *Instituciones de derecho procesal civil segun el nuevo codigo*. Buenos Aires: Ejea, 1986. v. I, p. 418, *apud* BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*, *op. cit.*, p. 74.

(43) *Princípios do processo civil*, *op. cit.*, p. 42-47.

(44) Citando, a propósito, Cappelletti (Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994. p. 16), que enfatiza que "não se pode conceber como verdadeira jurisdição aquela em que a parte pobre esteja privada de informações e de representação, que se constituem em condições inarredáveis para sua participação".

> Definitivamente, o princípio da igualdade é dinâmico no sentido de promover a igualização das condições entre as partes. Com o princípio igualizador, evitam-se dentro do processo o excesso e o abuso de poder econômico sobre cidadãos, principalmente sobre os menos favorecidos na relação jurídica material ou processual. Ou seja, é um passo para a busca da instrumentalidade do processo.

Como se vê, até mesmo no campo do Direito Processual Civil, de índole individualista, a moderna doutrina tem advertido sobre a necessidade de se assegurar ativamente aos litigantes uma verdadeira igualdade dinâmica: é o princípio da "igualdade de armas" (*par condicio*) ou "do equilíbrio de situações, não iguais mas recíprocas", de que nos fala Ada Pellegrini Grinover(45).

A i. processualista paulista, ao lembrar que "o equilíbrio das situações é que garante a verdadeira contraposição dialética", adverte a seguir que o contraditório identifica-se com a *par condicio*, e não com a mera igualdade formal(46). Enquanto tradicionalmente o princípio do contraditório, em correspondência com a igualdade formal das partes, exprimia apenas a necessidade de ser oferecida a cada uma das partes a mera *possibilidade* de desenvolverem plenamente a defesa de suas próprias razões, deve hoje o magistrado, dotado de poderes instrutórios mais amplos, estimular a *efetiva participação* das partes no contraditório, como instrumento de efetivação do próprio princípio da igualdade, do justo processo e fator legitimante da própria jurisdição. Em suma, esse contraditório deve ser pleno e efetivo, indicando a real participação das partes na relação jurídica processual.

Acentuando que a aplicação concreta do princípio do contraditório está diretamente relacionada com o princípio da igualdade em sua dimensão dinâmica, como instrumento para a eliminação de qualquer desigualdade, jurídica ou de fato, entre os sujeitos do processo, a r. jurista é conclusiva:

> A *plenitude* e a *efetividade* do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma desigual distribuição de forças. Como se notou, a quem *age* ou se *defende* em Juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de *obter* a tutela de suas razões. Eis o novo significado social do princípio de igualdade processual, atuado mediante adequados institutos e por força do reconhecimento de poderes de iniciativa judicial (...)(47).

(45) *Novas tendências do direito processual*, *op. cit.*, p. 7.

(46) O i. processualista italiano Massari, citado por Ada Pellegrini Grinover (*Novas tendências do direito processual*, *op. cit.*, p. 8, nota 37), já há muito dizia que "não se pode conceber verdadeiro contraditório sem contraposição de órgãos homogêneos".

(47) Os efeitos práticos dessa nova postura já haviam sido bem captados por José Carlos Barbosa Moreira em meados da década de 1980, ao verificar que o propósito de contribuir para a mitigação das desigualdades substanciais entre as partes acarreta para o juiz "a faculdade (ou mesmo o dever) de prestar-lhes

Digitalizado com CamScanner

Se tudo isto é verdadeiro no âmbito do processo civil, com muito maior razão o é no âmbito do Processo do Trabalho, o qual foi instituído e ganhou autonomia justamente para ser instrumento de efetivação do Direito Material do Trabalho. Este, por sua vez, tem fundamentalmente por objeto verbas de natureza alimentar essenciais à sobrevivência dos trabalhadores e de seus familiares e só se justifica enquanto mecanismo de igualização jurídica de partes absolutamente desiguais, no plano socioeconômico da realidade (se assim não fosse, bastaria aplicar os princípios e as normas do direito civil às relações de trabalho, com os desastrosos e previsíveis resultados daí decorrentes). Afinal, Tesorieri[48], com absoluta propriedade, relembra-nos uma verdade óbvia mas frequentemente esquecida: "Quando o empregador e o empregado assumem no processo as vestes formais das partes, não cessam por isso de ser o que sempre terão sido; a história de suas relações não se transforma numa outra história: é a mesma, que continua". Nas palavras sempre precisas de Délio Maranhão[49], "ao particularismo do Direito do Trabalho deve corresponder o particularismo do Direito Processual do Trabalho."[50]

Carmem Lúcia Antunes Rocha[51] chega a apontar o novo balizamento jurídico dado ao tema do "tratamento parificado das partes processuais" pelo Direito do Trabalho como o ideal buscado em geral pelo Direito e pelos Estados contemporâneos. E completa:

> O relevo não é mais para o dado processual que deixa empregado e empregador serem considerados iguais, mas para a questão econômica, que os deixa desigualados inclusive como partes, pela possibilidade diferenciada de ambos. O que se pretende, pois, é que a lei desiguale iguais, assim tidos sob um enfoque que, todavia, traz consequências desigualadoras mais fundas e perversas. Enquanto, antes, buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desigualando em alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal.

informações sobre o ônus que lhes incumbem, convidando-as, por exemplo, a esclarecer e a complementar suas declarações acerca dos fatos, ou chamando-lhes a atenção para a necessidade de comprovar alegações" (A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: *Revista do Processo*, v. 37, 1985, p. 146).

(48) Citado por Márcio Túlio Viana em sua inovadora obra *Direito de resistência* — possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996. p. 401 e no capítulo de sua autoria Aspectos gerais da prova no processo do trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Compêndio de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 312.

(49) *Processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991. v. 2, p. 1.162; *apud* VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*, *op. cit.*, p. 414.

(50) Sendo que já no início da década de 1980 Ada Pellegrini Grinover propunha que o processo trabalhista fosse o modelo para um processo civil mais público, social, democrático e assistencial, no artigo de sua autoria Processo trabalhista e processo comum. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, n. 13/15, São Paulo, 1980, p. 437 e ss.

(51) *O princípio constitucional da igualdade*, *op. cit.*, p. 39.

Como salienta Humberto Theodoro Júnior[52], Eduardo Couture aponta como o primeiro princípio fundamental do processo trabalhista o que se relaciona com o fim a que se propõe, qual seja o de representar um "procedimento lógico de corrigir as desigualdades", criando, para tanto, outras desigualdades, acrescentando que o direito processual trabalhista "é elaborado totalmente com o propósito de evitar que o litigante mais poderoso possa desviar e entorpecer os fins da Justiça."[53]

Sérgio Ferraz[54], citando José Martins Catharino[55], chega a afirmar que o processo do trabalho tem como princípio típico o *do tratamento desigual das partes* para realizar a igualdade real, afirmando ser ele o princípio fundamental, formativo e informativo da norma processual trabalhista, que não se contrapõe à necessidade do tratamento isonômico das partes no processo, sendo na verdade sua adequada concretização. Depois de discorrer sobre a origem histórica e do conceito geral do princípio constitucional da isonomia, o i. jurista e professor do Rio de Janeiro observa que "não é toda e qualquer desigualdade que viola o princípio da igualdade".[56] Demonstrando que a aparente discriminação entre os litigantes trabalhistas não ofende tal princípio, acrescenta ele:

> *Na verdade, se a lei desiguala, se a sentença desiguala, a desigualdade, ao contrário do que pareça, deflui necessariamente do princípio constitucional de igualdade; a desigualdade não é repelida, o que se repele é a desigualdade injustificada.*
>
> Tudo resta, portanto, em lançar com nitidez a razão de ser para um fator diferencial; e essa parece ser uma só: são válidas as eleições discriminatórias, quando signifiquem o caminho possível, de conexão lógica, para a realização do fim jurídico buscado, desde que esse fim, por seu turno, tenha agasalho no ordenamento jurídico.

Invocando o art. 165 da Emenda Constitucional n. 01/69 então em vigor (ao qual corresponde hoje, de forma ainda mais ampla e intensa, o art. 7º da Constituição de

(52) Em seu capítulo Os princípios do direito processual civil e o processo do trabalho. In: *Compêndio de direito processual do trabalho*, *op. cit.*, p. 61-62.

(53) Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo. In: *Tribunales del trabajo*. Santa Fé: Instituto de Derecho del Trabajo, Faculdade de Ciências Jurídicas y Sociales, 1941. p. 111, *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56.

(54) *A norma processual trabalhista:* algumas reflexões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 35-36.

(55) *Direito do trabalho* — estudos, ensaios, pesquisas. São Paulo: Trabalhistas, 1979. p. 211/226, *apud* FERRAZ, Sérgio. *A norma processual trabalhista*, *op. cit.*, p. 35.

(56) Observando a seguir, com notável acuidade, que "fundamental para saber qual é o conteúdo jurídico do princípio da igualdade é, por incrível que pareça, conhecer quando é válida a desigualdade. Se soubermos quando podemos discriminar, conheceremos o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Isso significa que é preciso que se investigue, com profundidade, qual o traço de legitimidade que fundamenta, perante o ordenamento jurídico, determinado fator discriminatório. Isso determinará a observância ou a inobservância do preceito de igualdade". E acrescenta: "O princípio da igualdade não existe como máxima vazia, mas para realizar o princípio da justiça. *Isto significa que ele não está em perigo quando não se cometam injustiças*" (*Norma processual trabalhista:* algumas reflexões", *op. cit.*, p. 41-43).

Digitalizado com CamScanner

1988), conclui Sérgio Ferraz que, se a proteção especial ao trabalhador está constitucionalmente consagrada, é válida a discriminação das partes trabalhistas em Juízo como *instrumento* de efetivação desse princípio fundamental, de caráter tuitivo.

Tudo isto tem se refletido em vários e relevantes aspectos peculiares do processo do trabalho, como, por exemplo, o impulso oficial do magistrado trabalhista nos feitos de alçada e na fase de execução, os maiores poderes de direção processual a ele outorgados pelo art. 765 da CLT, a aplicação do princípio *in dubio pro operario* para a interpretação das normas processuais do trabalho (embora seja extremamente controvertida sua aplicação na valoração da prova[57]), a permanente busca da verdade real em detrimento da verdade meramente formal e a inversão do ônus natural da prova diante da maior aptidão de uma das partes à sua produção[58], os quais, no entanto, por demais conhecidos, não precisam aqui ser objeto de análise.

O que se verifica, no entanto, é que todos estes mecanismos processuais, embora inegavelmente úteis, infelizmente têm-se revelado insuficientes, na prática, para assegurar a efetividade do processo trabalhista como instrumento de realização do direito material do trabalho. De um lado, uma verdadeira explosão de demandas tem abarrotado a Justiça do Trabalho brasileira, cuja estrutura (que obviamente não cresceu na mesma proporção, numa conjuntura de crescente contenção dos gastos públicos) tem-se mostrado cada vez menos capaz de julgá-las em tempo útil. De outro lado, é pública e notória a existência de uma significativa "demanda reprimida", correspondente a lesões trabalhistas diariamente perpetradas contra trabalhadores formais e informais que nem sequer levam suas causas à Justiça, configurando gritante exemplo daquilo que os processualistas modernos elegantemente chamam de "litigiosidade contida".

(57) Manifestando-se a favor de sua aplicação se há dúvidas quanto aos fatos controvertidos (mas um começo de prova em favor do empregado), dentre outros, Márcio Túlio Viana (*Direito de resistência*, *op. cit.*, p. 417-418 e Aspectos gerais da prova no processo do trabalho. In: *Compêndio de direito processual do trabalho*, *op. cit.*, p. 323), Cesarino Júnior (*Direito processual do trabalho*, p. 38, *apud* BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1985. p. 534-535), Coqueijo Costa (*Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 20-21) e Bento Herculano Duarte (O princípio do *in dubio pro misero* como regra de ônus da prova. In: *Processo do trabalho* — estudos em homenagem ao professor José Augusto Rodrigues Pinto. São Paulo: LTr, 1997. p. 135-159); contra sua aplicação em matéria fática, também, dentre outros, Manoel Antonio Teixeira Filho (*A prova no processo do trabalho*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1997. p. 141-143 e *Provas — curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. v. 6, p. 11-12), Maurício Godinho Delgado (*Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 156-158) e Júlio César Bebber (*Princípios do processo do trabalho*, *op. cit.*, p. 77-81).

(58) Cabendo aqui mencionar apenas, quanto à distribuição dos ônus da prova entre as partes nos dissídios que versem sobre ofensa ao princípio constitucional da igualdade ou da isonomia, a correta observação de Alice Monteiro de Barros (*A mulher e o direito do trabalho*, *op. cit.*, p. 138-139), relativa aos casos de discriminação por motivo de sexo, mas aplicável aos casos de discriminação em geral, de que "a pessoa considerada discriminada deverá apresentar fatos que permitam deduzir 'indícios racionais' de discriminação fundada em sexo e o empregador deverá destruir a presunção, apresentando o motivo capaz de justificar o tratamento desigual. Exigir-se prova da discriminação, ou da intenção de discriminar, inviabiliza o reconhecimento da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego".

A causa fundamental dessa situação, obviamente, é a impunidade, absoluta ou relativa, de que gozam as empresas e os empresários de nosso país — é quase sempre mais vantajoso descumprir a lei trabalhista do que cumpri-la espontaneamente, ao mesmo tempo em que é também vantajoso aguardar que os trabalhadores lesados (na verdade, apenas parte deles) recorram ao Judiciário trabalhista para eventuais transações (sempre mais vantajosas, para o devedor, que o total cumprimento das normas trabalhistas) ou para condenações quase sempre tardiamente executadas. E a esta situação o processo do trabalho e o próprio Poder Judiciário não têm conseguido responder à altura.

Situação de tamanha gravidade configura, em primeiro lugar, ofensa ao princípio constitucional que assegura o acesso de todos à jurisdição. Não o acesso puro e simples, mas aquele capaz de assegurar a plena, útil e efetiva prevenção ou reparação das lesões cometidas contra os direitos assegurados pelo direito material.

O Direito Processual do final do século XX, destinado a atender às novas necessidades de sociedades de massas nas quais diariamente são praticadas macrolesões de dimensão coletiva e que apresentam uma enorme gama de direitos e interesses jurídicos que não podem ser eficazmente tutelados *a posteriori*, tem como uma de suas preocupações centrais evitar que a demora do processo comum o transforme em providência inútil para o cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora.[59]

Em uma perspectiva mais ampla, passou-se a reconhecer que o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, hoje inserido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, não assegura apenas o mero acesso aos tribunais, mas também *a tutela efetiva contra qualquer forma de denegação da justiça*, como bem acentuado por Ada Pellegrini Grinover[60]. Na mesma ordem de ideias, Luiz Guilherme Marinoni[61] assim se pronuncia:

> Há, no nosso modo de ver, *direito e pretensão à adequada tutela jurisdicional*. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é pretensão a uma sentença que possa realizar a ação (= o agir) que seria realizada — não fosse ter sido proibida — pelo particular em um dado caso conflitivo concreto. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é pretensão a uma sentença que aprecie a pretensão processual, e, em caso de procedência, realize o verbo (= a ação) nela indicado. (...) *A toda afirmação de direito deve corresponder uma tutela jurisdicional adequada.*

Em outras palavras, o direito constitucional à tutela jurisdicional e ao devido processo legal deixou de ser visto, estritamente sob a ótica do demandado, apenas como o "direito à segurança jurídica" para ser considerado, agora também sob a ótica do

(59) Cf. CALAMANDREI. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova, 1936. p. 55 e ss.

(60) Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: *Revista LTr*, 59-08/1026-1033.

(61) *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 123.

Digitalizado com CamScanner

autor, como o "*direito à efetividade da jurisdição*", que assegura a todo indivíduo (que está legalmente impedido de fazer justiça por suas próprias mãos) não só a possibilidade teórica e meramente formal de provocar a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular mas, especialmente, meios expeditos e eficazes de obter do Estado-juiz a rápida apreciação de sua demanda e também a concretização fática de sua eventual vitória. É neste sentido o ensinamento do i. Professor e Juiz do TRF da 4ª Região Teori Albino Zavascki,[62] que complementa de forma lapidar:

> O Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir — tanto quanto seja possível — a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: *o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo*. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela para garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela (grifos nossos).

Também sustentando que a garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas é corolário do devido processo legal e que a tempestividade (ou oportunidade) da prestação jurisdicional é componente indispensável da efetividade do processo, José Rogério Cruz e Tucci[63] acentua que, "quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória". Transcreve a seguir o incisivo magistério de Bielsa e Graña[64], *in verbis*:

> Um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, *transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta*, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão. (...)
>
> Em suma, o resultado de um processo não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um *lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso*, visto que — caso contrário — se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, *para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar*.

Também Cappelletti, ao tratar especificamente das consequências prejudiciais às partes da intempestividade da tutela jurisdicional, foi igualmente incisivo ao destacar

(62) Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva coordenada pelo i. Ministro do STJ Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 146-147.

(63) *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 63-65.

(64) El tiempo y el proceso. In: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. La Plata, 55(1994):189/190, *apud* CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, *op. cit.*, p. 65.

que a intolerável duração do processo constitui "fenômeno que propicia a desigualdade (...), é fonte de injustiça social, porque a resistência do pobre é menor do que a do rico: este, e não aquele, pode, via de regra, aguardar, sem sofrer grave dano, uma injustiça lenta... Um processo longo beneficia, em última análise, a parte rica em detrimento da parte desafortunada".[65]

Na mesma linha, ponderava Eduardo Couture que quem dispõe do tempo "tem na mão as cartas do triunfo. Quem não pode esperar, sabe-se de antemão derrotado. Quem especula com o tempo para preparar sua insolvência, para desalentar seu adversário, para desinteressar aos juízes, ganha através da fraude o que não poderia ganhar através do debate".[66]

Nicolò Trocker[67] também adverte que uma justiça morosa é um grande mal social, "provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição".

A processualista portuguesa Teresa Sapiro Anselmo Vaz[68] também destaca que o direito à jurisdição "é indissociável do direito a uma tutela judicial efectiva que, por sua vez, pressupõe *o direito a obter uma decisão em prazos razoáveis, sem dilações indevidas*. Ou seja, a tutela judicial efectiva implica uma decisão num lapso de tempo razoável, o qual há de ser proporcional e adequado à complexidade do processo".

Acompanhando essa moderna tendência supranacional, inaugurada pela "Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais", aprovada em Roma em 4 de novembro de 1950 e consagrada por vários ordenamentos internos do Primeiro Mundo (por exemplo, Espanha, Portugal e Canadá)[69], a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, assinada em San José da Costa Rica em 22.11.69, preceituou de forma expressa em seu art. 8, 1, que "*toda pessoa tem direito de ser ouvida* com as devidas garantias *e dentro de um prazo razoável* por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, *ou para determinação de seus direitos e obrigações de ordem* civil, *trabalhista*, fiscal ou de qualquer outra natureza".

(65) Il processo come fenomeno sociale di massa. In: *Giustizia e società*. Milano: Comunità, 1977. p. 227, *apud* CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, *op. cit.*, p. 111.

(66) *Proyecto de Codigo de Procedimiento Civil*. Montevideo: [s.n.], 1945. p. 37, *apud* CRUZ E TUCCI, José Rogério, *op. cit.*, p. 111 — tradução nossa.

(67) *Processo civile e costituzione*. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 276-277, *apud* CRUZ E TUCCI, José Rogério. Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro (contrastes e confrontos). In: *Reforma do código de processo civil*, *op. cit.*, p. 842.

(68) Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos). In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 55:1995, p. 851, *apud* CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, *op. cit.*, p. 66.

(69) CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, *op. cit.*, p. 67-80.

Digitalizado com CamScanner

Como se sabe, o § 2º do art. 5º da Constituição da República assim estabelece expressamente: "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes* do regime e princípios por ela adotados, ou *dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

Tendo o Brasil sido signatário do denominado "Pacto de San José", que adquiriu eficácia internacional em 18.7.78, o Congresso Nacional aprovou o seu texto por meio do Decreto n. 27, de 26.5.92. O Poder Executivo Federal, por sua vez, depositou a respectiva Carta de Adesão à apontada "Convenção Americana sobre Direitos Humanos" em 25.9.92, promulgando aquele Pacto mediante publicação do Decreto n. 678, de 9.11.92. Ressalvando as eventuais disposições que eventualmente conflitem com preceitos da Constituição brasileira (conforme entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal a respeito), não há dúvida de que os dispositivos daquele tratado internacional ingressaram por completo no ordenamento jurídico nacional, inclusive seu art. 8º, 1, que, de forma expressa, assegura o direito de a pessoa ser ouvida *dentro de um prazo razoável* em causas de qualquer natureza, inclusive *trabalhistas*.(70)

A existência, já hoje, de um *direito subjetivo* de todos os cidadãos brasileiros *a uma prestação jurisdicional efetiva, dentro de um prazo razoável e sem dilações indevidas*, pode, no futuro, dar ensejo a questionamentos sobre a responsabilidade do Estado brasileiro em relação a causas submetidas a atrasos absurdos e injustificáveis, como já ocorreu no final da década de 1980 na "Corte Europeia dos Direitos do Homem", em caso em que o Estado italiano foi condenado a indenizar uma litigante cível nos tribunais daquele país, por danos materiais e morais advindos da demora excessiva e injustificada de seu processo.(71)

5. A tutela antecipada como remédio contra a dilação processual

Resgatando uma das clássicas definições de Chiovenda ("a duração do processo não deve causar dano ao autor que tem razão"), a doutrina processual contemporânea passou a reconhecer que, ainda que o autor possa obter, pela execução, o bem da vida perseguido, a demora na sua obtenção é, por si só, fonte de dano, decorrente estritamente da dilação temporal do processo (como acentuado na Itália por Italo Andolina(72)). Citando o referido autor e nessa linha de raciocínio, o mesmo Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra mais recente(73), é lapidar sobre os fundamentos éticos e jurídicos da tutela antecipada:

(70) Como bem coloca o mesmo José Rogério Cruz e Tucci, em sua multicitada obra (p. 68 e 79), a razoabilidade do prazo é um conceito indeterminado e aberto que deve ser estabelecido caso a caso, levando em conta o direito material que se busca proteger em Juízo, os beneficiários desse direito material e a relevância da demora para a satisfação efetiva do mesmo — o que evidentemente leva à conclusão de que o tempo razoável para a efetivação da proteção jurisdicional dos direitos trabalhistas, de cunho alimentar, deve ser bem menor do que aquele correspondente aos direitos em geral.

(71) Acórdão transcrito na íntegra por CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, *op. cit.*, p. 69-75.

(72) *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 20.

(73) *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 22-23.

> Se o autor é prejudicado esperando a coisa julgada material, o réu, que manteve o bem na sua esfera jurídico-patrimonial durante o longo curso do processo, evidentemente é beneficiado. *O processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem!*
>
> É preciso que se perceba que o réu pode não ter efetivo interesse em demonstrar que o autor não tem razão, mas apenas desejar manter o bem no seu patrimônio, ainda que sem razão, pelo maior tempo possível, com o que o processo pode lamentavelmente colaborar.
>
> Se o processo é um instrumento ético, que não pode impor um dano à parte que tem razão, beneficiando a parte que não a tem, é inevitável que ele seja dotado de um mecanismo de antecipação da tutela, que nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo.

Levando isso em conta, o direito processual dos países da família romano-germânica, nas últimas décadas, passou por significativo processo de modernização, tendo como declarado paradigma o sistema anglo-americano de execução das decisões judiciais(74) e visando a criação de mecanismos processuais mais ágeis e eficazes para a tutela específica e adequada de direitos materiais que, por sua natureza, eram na prática anulados pela demora inevitável que o procedimento ordinário e a sentença condenatória dele decorrente acarretavam para sua satisfação.

Diante da crescente inadequação do processo comum tradicional e do aparelho judiciário para enfrentar e coibir as macrolesões aos direitos individuais e interesses difusos características das modernas sociedades de massas, o direito processual civil dos países da Europa Continental passou a falar cada vez mais de uma "crise do processo executivo", passando a buscar mecanismos alternativos para a prevenção dos conflitos, de um lado, e a proteção imediata e eficaz dos denominados "direitos evidentes", de outro.

Como bem observa Humberto Theodoro Júnior,(75) lutava-se de início apenas pela preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los afinal à sentença, de forma útil para os litigantes — o que se fez por meio da *teoria das medidas cautelares*. Estas, contudo, por terem finalidade meramente *conservativa* do bem em litígio (não ensejando

(74) Descrevendo tal sistema do "*Common Law*", o i. magistrado e professor titular de processo civil da UERJ Luiz Fux (*Tutela de segurança e tutela da evidência* — fundamentos da tutela antecipada. Saraiva, 1996. p. 169) observa com propriedade que nele, "em face do prestígio de que desfruta o Judiciário, amplíssimo é o poder de *injunction* do magistrado, podendo determinar proibições ou mandamentos passíveis de serem chancelados na decisão final confirmatória do provimento *initio litis*. Por isso menciona a doutrina do tema as *prohibitory* e *mandatory injunctions*". E acrescenta: "A característica marcante é a execução das decisões sob pena de desobediência, sancionada pelas *contempt of court*, cuja eficácia somente cessa com o cumprimento das ordens emanadas das *injunctions*".

(75) Em seu artigo Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 181-182.

Digitalizado com CamScanner

em princípio a *satisfação preventiva* dos interesses em conflito), não solucionaram o grave problema da demora na prestação jurisdicional *satisfativa*, que por vezes configurava verdadeira denegação da justiça e da própria tutela jurisdicional nos casos em que a tardia solução definitiva do processo se dava quando o direito reconhecido em Juízo já havia perecido, no campo da realidade.

Em consequência, o direito positivo dos países europeus passou cada vez mais a adotar mecanismos de tutela antecipada para assegurar a todo e qualquer litigante, nos casos de risco de perecimento do próprio direito material vindicado pela demora natural do processo, *medidas de urgência* capazes de *antecipar* os efeitos do possível julgamento de mérito, embora sempre sob o signo da *provisoriedade*.(76)

6. Prioridade da tutela específica das pretensões postas em Juízo e a necessidade de uma tutela jurisdicional diferenciada

Paralelamente, resgatou-se e ganhou prioridade outro clássico ensinamento de Chiovenda de que "o processo deve dar a quem tem um direito, tanto quanto for praticamente possível, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir"(77). Tal noção já havia sido admiravelmente explicada e desdobrada em suas consequências práticas pelo notável processualista José Carlos Barbosa Moreira(78), no final da década de 1970:

> Não há dúvida de que a tutela específica é superior e deve ser preferida, sempre que possível, a qualquer outra forma. O que o ordenamento jurídico quer é que os deveres e obrigações se cumpram *tais quais são. Se a alguém é dado pretender, segundo o direito, que outrem se abstenha de algo, há de poder contar com o direito para conseguir a utilidade que espera da abstenção — essa utilidade, e não outra, "equivalente" que seja, ou inculcada como tal.* E a necessidade de recorrer às vias judiciais para obter proteção nada altera, em princípio, no quadro: *se o processo constitui instrumento para a realização do direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado* (grifos nossos).

Como bem demonstrado por Ada Pellegrini Grinover(79), é nesse ponto que assume particular realce a *tutela específica*, que a doutrina proclama ter preferência sobre qualquer

(76) Sendo relevante observar que, na Itália, a tutela antecipada foi, não por acaso, de início introduzida no âmbito das relações trabalhistas (mediante a sentença de reintegração de empregado e a decisão judicial proferida no curso do processo que ordena a imediata cessação de comportamentos "antissindicais"), só depois se estendendo ao processo civil em geral, para outros casos de urgência.

(77) *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1988. v. I, p. 67.

(78) Em seu artigo "A tutela específica do credor nas obrigações negativas", publicado em *Temas de direito processual* — segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 31-32.

(79) Em seu citado artigo Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: *Revista LTr*, 59-08/1026.

outra: para tanto, o processo deve buscar respostas diversificadas, de acordo com as situações jurídicas de vantagem asseguradas pelo direito material, de modo a proporcionar o mais fielmente possível a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida.

Exatamente por isto e ao inserir dentre os princípios fundamentais do processo de execução o *princípio da adequação*, Araken de Assis(80), numa perspectiva teleológica, enfatiza que os meios e atos executórios praticados a cada caso devem harmonizar-se com o objeto da prestação, devendo ser idôneos a atuar compulsoriamente o direito declarado na decisão judicial — sem meio hábil, o bem nunca será alcançado pelo credor. A idoneidade do meio executório é um dos aspectos fundamentais de sua adequação.

Com absoluta propriedade, Ada Pellegrini Grinover preleciona que, para a concretização dessa ideia central, foi gradativamente abandonada a antiquada noção de que, em caso de recusa do devedor a cumprir sua obrigação de fazer ou de não fazer, somente seria possível sua condenação ao pagamento resultante de sua conversão em perdas e danos — ao contrário, abandonou-se o mero dogma da intangibilidade da vontade humana e passou-se a reconhecer o direito do credor de obter a execução específica da obrigação, seja por meio da sub-rogação do sujeito, se possível, seja por meio da chamada "execução indireta", pela utilização dos denominados meios de coerção ou de pressão psicológica sobre o devedor para persuadi-lo ao adimplemento da obrigação (mediante, por exemplo, a imposição de multas pecuniárias, uso de força policial ou prisão do inadimplente, por "*contempt of Court*"). A i. processualista paulista informa que a moderna ciência processual europeia hoje já reconhece e proclama que "a única forma de atuação possível na condenação às obrigações de fazer ou não fazer é constituída pela imposição de *medidas coercitivas* com o objetivo de estimular o adimplemento do obrigado".

Essas medidas antecipatórias, todavia, não têm, nem podem ter, a estrutura típica e tradicional da sentença condenatória. É que esta, por definição, não é capaz de operar por si só no mundo material, em relação ao qual possui natureza meramente declaratória (limitando-se apenas a constituir o título executivo que será o objeto de outro processo, o de execução, no qual efetivamente deverá ser satisfeito o direito por ela declarado, como consta do clássico ensinamento de Liebman(81), integralmente acolhido pelo direito processual civil positivo brasileiro) — razão pela qual a moderna doutrina italiana passou a apontar sua inadequação para a proteção das situações conflitivas próprias da sociedade contemporânea, que exigem soluções mais rápidas e eficazes(82).

(80) *Manual do processo de execução*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 100.

(81) O qual acrescentava que a atividade executiva decorrente da sentença condenatória, além de ocorrer em outro processo, necessariamente se dará por meios sub-rogatórios (isto é, mecanismos por meio dos quais o Estado-juiz obtém a prestação devida ao credor ou sua equivalente de forma substitutiva, sem a participação do devedor); jamais mediante ordens, conjugadas com outros meios coercitivos ou medidas de pressão psicológica sobre o demandado (*Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 1-6 e 15-19).

(82) Crítica bem desenvolvida por Manoel Antonio Teixeira Filho em sua obra *A sentença no processo do trabalho*. 2. tir. São Paulo: LTr, 1.994. p. 229-232 e por José Roberto dos Santos Bedaque, em sua obra *Direito e processo*. Influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 33, *apud* CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Tempo e processo*, *op. cit.*, p. 102-103.

Digitalizado com CamScanner

Assim, para tais casos passou-se a autorizar a concessão de provimento reconhecidamente *mandamental*, por intermédio do qual o Juiz dá *ordens* às partes, que devem ser por elas cumpridas, pura e simplesmente, sob pena de sofrerem medidas coercitivas incidentes sobre sua pessoa (e não apenas sobre seu patrimônio, como no caso das medidas sub-rogatórias que caracterizam a "execução forçada")[83].

Como, porém, a sentença mandamental, se destituída de meios coercitivos suficientes à imediata imposição da ordem, valeria quase nada, os sistemas romano-germânicos de direito passaram a importar os instrumentos específicos do direito anglo-americano (as "*injunctions*" e as punições a título de "*contempt of Court*"). Tratando dos limites da tutela executiva de pronunciamentos judiciais "não pecuniários" (isto é, nos casos das prestações de fazer e não fazer), Araken de Assis[84], depois de acentuar a profunda dose de *estatalidade* que impregna o mandado do juiz e a impossibilidade deste sub-rogar-se ao que o obrigado não cumpriu, assim se pronuncia:

> Esta é a razão básica pela qual o desacato à ordem do juiz importa terapia diferente da ordinária, empregada para debelar rebeldias à reprovação emanada do elemento condenatório. Eventual afronta ao *imperium* do órgão judicial, utilizado porque o comportamento exigido do demandado é infungível, só pode provocar a privação da liberdade. O *contempt of Court* contrapõe-se, exatamente, à desobediência do particular, não se mostrando o ordenamento pátrio, destarte, infenso à medida.

Tendo o Direito Comparado como pano de fundo e atendendo à exposição pioneira de José Carlos Barbosa Moreira[85], o direito positivo brasileiro passou a admitir a tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer, inicialmente de forma localizada (no art. 11 da Lei n. 7.347/85, que veio disciplinar a ação civil pública, no

(83) Considerando as sentenças condenatórias, as executivas *lato sensu* e as mandamentais como integrando a categoria única das "sentenças de repercussão física" (que, ao contrário das sentenças declaratórias e constitutivas, produzem atuação prática, no mundo dos fatos), Eduardo Talamini assim as diferencia: "a) a sentença condenatória tem o condão de autorizar o emprego de *mecanismos sub-rogatórios em processo subsequente*; b) a sentença executiva traz em seu dispositivo a determinação de *imediata atuação desses meios sub-rogatórios*, independentemente de novo processo; c) a sentença mandamental, em vez da predeterminação de formas substitutivas da conduta do devedor, *dirige-lhe ordem a ser desde logo cumprida*, sob pena de se adotarem *medidas coercitivas*." (Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3º, do CPC. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 141 e 150). Para a moderna definição de ação e sentença mandamental, consultem-se SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. v. II, p. 247-269 e *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 78-89 e 102-104; ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*, *op. cit.*, p. 80-83; TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A sentença no processo do trabalho*, *op. cit.*, 233-236.

(84) *Manual do processo de execução*, *op. cit.*, p. 77.

(85) Em seus artigos do final da década de 1970 "Tutela sancionatória e tutela preventiva" e "A tutela específica do credor nas obrigações negativas", inseridos in: *Temas de direito processual* — segunda série, *op. cit.*, p. 25-29 e 30-48.

art. 213 da Lei n. 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e no art. 84 da Lei n. 8.078/90, que aprovou o Código de Defesa do Consumidor), mas depois de forma geral, no bojo das significativas reformas do Código de Processo Civil brasileiro, mediante a Lei n. 8.952, de 13.12.94.

Esta modificação legal, em síntese, acolheu tudo aquilo que a moderna doutrina nacional e estrangeira preconizava a respeito de assegurar, na prática, o princípio da efetividade e adequação da tutela jurídica processual. Assim, o novo art. 273 do Código de Processo Civil (em princípio voltado para a tutela antecipada das obrigações de dar, como observa Manoel Antonio Teixeira Filho[86]) veio autorizar a concessão pelo juiz, a requerimento da parte, da antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que haja prova dos fatos, seja verossímil a alegação e haja "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" ou "fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu". Ao mesmo tempo, o novo art. 461 do mesmo Código deu tratamento amplo e adequado ao tema da tutela específica e antecipatória das obrigações de fazer e não fazer, em redação que merece aqui ser reproduzida em parte, por sua clareza:

> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)
>
> § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.
>
> § 4º *O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento da obrigação.*
>
> § 5º *Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz*, de ofício ou a requerimento, *determinar* as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, *remoção de pessoas e coisas*, desfazimento de obras, *impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial* (grifos nossos).

Interpretando esse novo dispositivo legal, a doutrina processual brasileira concluiu que o provimento judicial nele autorizado tem natureza necessariamente *mandamental*, e não apenas condenatória.

Luiz Guilherme Marinoni[87] observa, a esse respeito, que "não seria suficiente ao autor a condenação, pois o juiz, quando condena, não obriga, mas apenas exorta. O réu condenado não fica obrigado perante o juiz, ao contrário do que ocorre na hipótese de ordem, quando o réu, em caso de descumprimento, pode ser pressionado, por meio da multa, ao adimplemento. Apenas o réu que descumpre a ordem comete insubordinação à

(86) *Curso de processo do trabalho* — v. 2: Antecipação de tutela e liminares. São Paulo: LTr, 1996. p. 35-36.

(87) *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Malheiros, 1996. p. 125.

Digitalizado com CamScanner

autoridade estatal; o réu que não cumpre a sentença condenatória continua apenas civilmente obrigado".

Chegando à mesma conclusão, o eminente processualista gaúcho Ovídio Baptista da Silva[88] é incisivo ao afirmar que "a ação que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, do art. 461, pode ser tudo, menos uma ação condenatória, com execução diferida". Depois de acentuar que a sentença condenatória por definição não tem elemento imperativo e este está claramente presente na autorização concedida ao juiz de forma expressa pelo preceito legal acima transcrito para *determinar* as medidas necessárias para a tutela específica daquelas obrigações, o i. jurista identifica a origem interdital romana desse dispositivo e o classifica como típico exemplo de ação e provimento mandamentais, de natureza idêntica à pretensão e ao provimento judicial característicos do mandado de segurança.

Eduardo Talamini[89] é igualmente preciso e persuasivo a respeito:

> O provimento antecipador de tutela, previsto no art. 461, § 3º, veicula *ordem* para o demandado. Há a direta determinação de que o réu cumpra o "fazer" ou "não fazer" objeto do dever tido como plausível.
>
> (...) no sistema instituído pelo art. 461, visa-se primordialmente ao exato resultado que se teria, caso o demandado houvesse assumido a conduta devida. *O § 1º desse artigo consagra em termos cogentes tal diretriz*, tornando a conversão em perdas e danos hipótese excepcional ("somente se converterá..." por opção do autor ou impossibilidade de conseguimento específico). E, para tanto, o provimento concessivo da tutela, mais do que autorizar o emprego de meios substitutivos da conduta do réu, há de ter força suficiente para *mandar* que ele mesmo adote o comportamento devido. A cientificação desse ato ao demandado não constituirá, então, mera "oportunidade para cumprir". Veiculará *ordem, revestida de autoridade estatal, para que cumpra.*[90]

(88) Em seu trabalho "Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer" publicado na obra coletiva *Inovações do código de processo civil*. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 176 e ss.

(89) Em seu citado artigo "Tutelas mandamental e executiva *lato sensu*...". In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, *op.cit.*, p. 151-153.

(90) Este mesmo autor salienta, porém, que a classificação da decisão judicial que assegure a tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não fazer como condenatória ou mandamental não é tão relevante, invocando Proto Pisani para noticiar que, na Itália, tal questão há muito tem sido enfrentada não com o reconhecimento da existência de outras formas de tutela usualmente admitidas, mas *com a ampliação do conceito de tutela condenatória, de modo a abranger a função preventiva e o recurso a medidas coercitivas*. Acrescenta que o próprio Barbosa Moreira, pioneiro no estudo do tema e paladino da adoção de mecanismos eficientes de tutela preventiva em nosso país e embora não conceba a existência de "sentenças mandamentais", sempre defendeu em vários de seus trabalhos a previsão da imposição de *ordens ao réu — ordens estas assistidas da cominação de sanções idôneas e capazes de "convencer" o réu a cumprir o que deve*, o que foi atendido pelo novo art. 461 do CPC e visa produzir exatamente os resultados por todos pretendidos. "Tutelas mandamental e executiva *lato sensu*...", na obra coletiva *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 151.

7. Aplicabilidade da tutela antecipada e específica ao processo do trabalho e sua casuística

A aplicabilidade dos mecanismos previstos nos arts. 273 e 461 do CPC para a tutela antecipada e específica dos direitos trabalhistas é hoje absolutamente pacífica. Assim se pronuncia Estêvão Mallet[91], com suas habituais clareza e precisão:

> A ausência de norma disciplinando a antecipação da tutela em demandas trabalhistas, bem como a perfeita compatibilidade de semelhante instrumento com as normas pertinentes a tais demandas, compõem, com perfeição, o suporte para a incidência do art. 769, da CLT.
>
> A propósito do último requisito, vale inclusive ressaltar que em poucos setores adquire, como em matéria trabalhista, tanta relevância a rápida tutela de direitos. Aliás, já houve mesmo quem dissesse caracterizarem-se os direitos trabalhistas pela exposição a prejuízo irreparável quando não satisfeitos de imediato. Tal afirmação veio a ser reforçada por Cappelletti, ao observar que, ante a natureza alimentar do salário e a condição geralmente de debilidade econômica do trabalhador, a demora na solução do litígio é uma forma intolerável de denegação de justiça.

Exatamente no mesmo sentido manifesta-se o i. Ministro do Col. Tribunal Superior do Trabalho e Professor João Oreste Dalazen[92], com igual propriedade:

> Hoje é praticamente consensual a opinião de que a *tutela antecipatória de mérito* é instituto amplamente recepcionado e bem-vindo ao processo trabalhista. Seja ante a lacuna da legislação processual específica, seja porque se amolda à perfeição aos seus fins e princípios (CLT, art. 769). (...)
>
> Óbvio que se há processo em que a *morosidade* é absolutamente *intolerável* tal se dá no trabalhista. Nenhum outro convive tão de perto com a pobreza, quando não com a miséria. Logo, retardar a prestação jurisdicional no processo trabalhista pode significar o comprometimento da fonte única de subsistência de uma pessoa e sua família. É *denegação* de Justiça qualificada!

Na mesma linha também se posicionam, dentre outros, José Augusto Rodrigues Pinto[93], Amauri Mascaro Nascimento[94] e, conjuntamente, Luiz Otávio Linhares Renault e Márcio Túlio Viana[95].

(91) *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 26-27.

(92) Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro. In: *Revista LTr*, 61-07/875.

(93) *A modernização do CPC e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 92-94.

(94) Antecipação da tutela no processo do trabalho. In: *Processo do trabalho* — estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto. São Paulo: LTr, 1997. p. 131.

(95) Em seu artigo "Antecipação de tutela", constante da obra coletiva por ambos coordenada *O que há de novo em processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 87.

Digitalizado com CamScanner

É, no entanto, discutível a possibilidade de aplicação irrestrita da antecipação da tutela nos casos das obrigações de dar (pagamentos de verbas trabalhistas em geral), à luz do disposto nos §§ 2º e 3º do art. 273 do CPC (que respectivamente vedam a concessão de tutela antecipada de mérito "quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado" e determinam a observância, "no que couber", do disposto nos incisos II e III do art. 588 do mesmo diploma legal — os quais, disciplinando a execução provisória, proíbem os atos que importem alienação de domínio e, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro e determinam a restituição das coisas em seu estado anterior, caso sobrevenha sentença que modifique ou anule a que foi objeto de execução)[96].

No campo das obrigações de fazer e não fazer, no entanto, não há maiores divergências doutrinárias quanto à plena aplicabilidade da tutela antecipada e específica na esfera trabalhista[97].

A título meramente exemplificativo, é possível mencionar várias situações em que a mesma encontrará campo fértil de atuação. O i. Ministro João Oreste Dalazen[98] indica vários casos, de inegável importância prática, em que está em jogo, em última análise, o princípio constitucional da igualdade ou da isonomia:

a) a obrigação patronal de o empregador *não* estabelecer discriminação salarial entre os empregados fora dos casos consentidos em lei;

b) a obrigação de fazer consistente em *promover* o empregado, se comprovada a presença dos requisitos para tanto previstos em quadro organizado em carreira;

c) a obrigação decorrente da Lei n. 9.029/95 de o empregador *não* adotar qualquer prática discriminatória por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (estando especialmente proibida a exigência de atestados de gravidez e de esterilização), sob pena de ser compelido à reintegração do empregado (conforme seu art. 4º, I);

d) a obrigação decorrente do art. 389, § § 1º e 2º, da CLT ou da aplicação, em sede de dissídio coletivo, do Precedente Normativo n. 22 da SDC/TST, de o empregador instalar ou proporcionar às suas expensas *creche* destinada à guarda de filhos de empregadas em idade de amamentação (o que, se não adimplida, concretizaria forma indireta de discriminar as empregadas com filhos recém-nascidos);

e) a obrigação de não despedir por motivo discriminatório empregado portador do vírus da AIDS[99].

Em todos esses casos, como é óbvio, a mera tutela condenatória e *a posteriori* desses direitos trabalhistas na grande maioria dos casos será incapaz de impedir a ocorrência de danos irreparáveis aos trabalhadores detentores do direito a tais prestações, tornando-os letra morta na esfera decisiva da realidade.

8. A questão da irreversibilidade da efetivação das obrigações de fazer e não fazer no processo do trabalho

A aplicação subsidiária das novas normas processuais civis em exame determina, com toda a certeza, uma significativa revisão da jurisprudência até então dominante no campo das obrigações de fazer e não fazer no campo trabalhista, no sentido da impossibilidade de sua "execução provisória", ao fundamento de que sua imediata efetivação antes do trânsito em julgado da sentença que as reconhecesse como devidas produziria efeitos definitivos e irreparáveis — era este o entendimento jurisprudencial majoritário, especialmente em se tratando de caso de reintegração de trabalhador ao emprego, cuja efetivação só se admitia após o trânsito da decisão que a determinara.

É que, como já se procurou demonstrar anteriormente, o novo tratamento legal dado à questão torna absolutamente impróprio falar-se de "execução" da decisão concessiva da tutela antecipada e específica, uma vez presentes os requisitos previstos no § 3º do art. 461 do CPC ("fundamento relevante da demanda" e "justificado receio de ineficácia do provimento final").

(96) A favor da possibilidade de concessão de tutela antecipada para pagamento de quantia certa manifestam-se Estêvão Mallet (de forma genérica, in: *Antecipação da tutela no processo do trabalho*, op. cit., p. 119-123) e Alice Monteiro de Barros (em se tratando de diferenças salariais em sentido estrito que coloquem em jogo a própria sobrevivência do trabalhador. Tutela antecipada no processo do trabalho. In: *Revista LTr*, 60-11/1.463-1.464 e *Compêndio de direito processual do trabalho*, op. cit., p. 683). Em sentido contrário pronunciam-se, José Augusto Rodrigues Pinto (*A modernização do CPC e o processo do trabalho*, op. cit., p. 99) e Manoel Antonio Teixeira Filho (*As alterações no CPC e suas repercussões no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 77 e *Curso de processo do trabalho* — v. 2: antecipação da tutela & liminares, op. cit., p. 31-33). João Oreste Dalazen, por sua vez, considera que "em princípio" a antecipação de tutela não comporta transferência pronta do numerário ao credor precariamente reconhecido, mas a admite, por exemplo, no caso em que se constate o manifesto propósito procrastinatório do devedor no processo executivo de sentença de mérito transitada em julgado (*Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro*, op. cit., p. 878).

(97) Por todos, João Oreste Dalazen, que afirma com acerto "que é no campo das obrigações de fazer e não fazer, por excelência, de que é tão rico o Direito do Trabalho, que a tutela antecipativa de mérito pode e deve desempenhar um exuberante papel no processo trabalhista. (...) presentes os pressupostos legais, basta um provimento mandamental impondo acatamento, sob cominação de multa diária, sem necessidade do trâmites de uma execução" (*Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro*, op. cit., p. 879).

(98) Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro, op. cit., p. 879-880.

(99) Alice Monteiro de Barros, tratando do tema em sua citada obra *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 87-100, transcreve o seguinte precedente do C. TST:
"*Mandado de Segurança*. Sendo o empregado portador de doença que pode levá-lo à morte, estando prestes a adquirir o direito à estabilidade no emprego, havendo sido demitido de forma obstativa e sendo absolutamente necessário o exercício de sua atividade profissional no combate ao mal que o aflige, o transcurso do tempo é imprescindível para que se evite o perecimento de seu direito. O *periculum in mora* é o próprio risco do perecimento da vida do empregado. De que adiantaria o empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após a sua morte? O direito deve ser ágil e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo, mormente neste caso concreto, onde mais importante que os eventuais valores monetários em discussão é a própria vital necessidade de o empregado exercer suas funções enquanto apto para tal" (TST-RO-MS n. 110.056/94.5, Rel. Min. Armando de Brito, sessão de 7-3-95, da SDI).

Digitalizado com CamScanner

Depois de acentuar que tanto a decisão antecipatória quanto a sentença que determine a execução específica das obrigações de fazer e não fazer serão efetivadas no próprio processo já instaurado (traço característico das decisões mandamentais e executivas *lato sensu* que as distingue das condenatórias), Eduardo Talamini[100] é taxativo ao afirmar que "há um regime único de realização concreta da tutela das pretensões a 'fazer' e 'não fazer'". E completa:

> Assim, para a imposição de ordem ao réu (acompanhada de medidas coercitivas) e para a produção de resultado equivalente (incluindo a obtenção do numerário que custeará as medidas sub-rogatórias), determinadas pela sentença, não se aplicarão nem o procedimento de "execução de obrigações de fazer e não fazer" nem o procedimento de "execução por quantia certa" — ambos constantes do Livro II. Também o provimento final não terá natureza meramente condenatória — na medida em que não criará título executivo a ser atuado apenas em processo de execução subsequente. Será dotado de eficácia executiva *lato sensu* e mandamental.
>
> Em suma, para a efetivação do resultado específico, fica absolutamente afastado o emprego do processo executivo dos arts. 632 *et seq.*

Ada Pellegrini Grinover[101], enfrentando a aparente contradição do legislador ao estabelecer a regra do novo art. 461 ao mesmo tempo em que manteve um processo de execução para as obrigações de fazer e não fazer, previsto nos arts. 632/638 e 644/645 do CPC, é taxativa ao afirmar que "a abrangência do capítulo sobre execução de obrigações de fazer ou não fazer determinadas em título judicial só pode ser *residual*, sob pena de negar-se aplicação ao disposto no art. 461". E conclui:

> Ou seja, se for possível ao juiz aplicar o regime das providências sub-rogatórias (§ 5º do art. 461), não haverá necessidade de processo de execução, salvo na hipótese dessas medidas resultarem frustradas, mostrando-se incapazes de levar ao atingimento do resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)
>
> Em conclusão, o art. 644 CPC, assim como os arts. 632 e 642, devem ser lidos como se dissessem que "a execução em que o credor pedir o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial, será instaurada quando a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao adimplemento não tiverem sido obtidos nos termos do art. 461.

Estêvão Mallet[102] considera que a antecipação de tutela concedida com base em "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" (inciso I do art. 273 do CPC)

(100) Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* ... In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 167-168.

(101) Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: *Revista LTr*, 59-08/1.031-1.032.

(102) *Antecipação da tutela no processo do trabalho*, *op. cit.*, p. 37-49 e 112-114.

tem natureza cautelar e que fica afastada a possibilidade de ser a decisão respectiva cumprida mediante processo de execução, invocando ensinamento de Liebman no sentido da impossibilidade de se distinguirem, no âmbito da tutela cautelar, um processo de conhecimento e um processo de execução, tratando-se sempre de um procedimento único diretamente destinado a concretizar em ato a cautela[103]. E conclui:

> O cumprimento da decisão cautelar não se faz, consequentemente, por meio de processo de execução, *mas por simples mandado, para que o réu observe o que ficou resolvido.* (...)
>
> *A decisão cautelar contém, pois, verdadeira injunção, a ser prontamente atendida*, cabendo ao juiz determinar a modalidade concreta de atuação do provimento emanado.
>
> Compreende-se que assim seja. A providência cautelar tem por finalidade evitar a consumação de dano iminente. (...) Ora, sujeitar a providência acautelatória ao procedimento nada célere de execução de sentença faria com que seu cumprimento se desse quando já verificado o evento danoso (grifos nossos).

Quanto à alegação da impossibilidade da reintegração antecipada do empregado estável ao emprego por causar efeitos irreversíveis para o empregador (o que estaria vedado pelo disposto nos §§ 2º e 3º do art. 273 do CPC), deve ela também ser afastada, por várias e suficientes razões.

Em primeiro lugar, porque a restrição acima referida é de duvidosa aplicação à execução específica das obrigações de fazer e não fazer, que tem tratamento legal próprio e diverso no art. 461 do CPC editado na mesma ocasião, e que não tem limitações expressas equivalentes[104].

Ademais, como bem acentua Alice Monteiro de Barros citando J. E. Carreira Alvim, "o perigo da irreversibilidade como obstáculo da antecipação da tutela deve ser analisado com reserva, sob pena de tornar a inovação legal "letra morta, sem uma dinâmica jurisdicional que a interprete e crie cotidianamente novos horizontes"[105]. Pronunciando-se

(103) Unità del procedimento cautelare. In: *Rivista di diritto processuale*, 1954, I, p. 248, *apud* MALLET, Estêvão, *op. cit.*, p. 113.

(104) A esse respeito, Eduardo Talamini observa com propriedade que, "estabelecidas no ordenamento as duas normas disciplinando o mecanismo antecipatório, cumpre a quem as interpretar extrair-lhes o máximo alcance. É absolutamente inviável qualificar a regra do art. 461, § 3º, como simples redundância" (Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* .... In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 136). Também Nelson Nery Junior (em seu artigo "Procedimentos e tutela antecipatória" constante da mesma obra coletiva, à p. 398) é expresso ao afastar a aplicação da norma geral sobre a antecipação de tutela veiculada no art. 273 do CPC, diante da regra especial que regula tal tutela diferenciada das obrigações de fazer e não fazer constituída pelo novo art. 461 do mesmo Código, afirmando também que os requisitos para concessão da tutela antecipada fixados neste último dispositivo são menos rígidos que os estipulados para as demais ações.

(105) Tutela antecipada no processo do trabalho. In: *Revista LTr*, 60-11/1.463-1.464 e *Compêndio de direito processual do trabalho*, *op. cit.*, p. 683.

Digitalizado com CamScanner

especificamente sobre a antecipação de tutela para a imediata reintegração de dirigente sindical dispensado irregularmente, sem inquérito, pondera a i. jurista que "a hipótese não traduz perigo da irreversibilidade, ou seja, da consequência fática que resulta da antecipação da tutela. Aqui, caso a sentença entenda de forma diversa, o *status quo ante* poderia ser recomposto, pois se é certo que o obreiro recebeu salários não é menos certo que ele trabalhou. Inexistiu o prejuízo e o caráter sucessivo do ajuste foi mantido".

No mesmo sentido é a manifestação de José Augusto Rodrigues Pinto[106]:

> Quando o dissídio do trabalho visar ao cumprimento de obrigação *de fazer*, a conveniência do uso da antecipação da tutela se revela com firme nitidez. Efetivamente, a obrigação de fazer (por exemplo, readmissão ou reintegração de empregado protegido por estabilidade), mesmo cumulada com obrigação de dar (pagamento de salários, por exemplo), conserva a comutatividade do contrato de emprego. Desse modo, mesmo não confirmada, a final, pela *sentença*, não produzirá danos nem deixará sequelas de reparação pecuniária, de parte a parte. Nessas situações, inclusive, a tutela antecipada substitui vantajosamente a concessão de cautela que, tomando fisionomia jurissatisfativa da pretensão, é capaz de produzir lesões jurídicas de difícil reparação nesse tipo de contrato.

O i. Ministro do TST João Oreste Dalazen[107] é ainda mais enfático a respeito:

> (...) entendo que, no âmbito do processo trabalhista, *quando o provimento antecipativo recair sobre o cumprimento de obrigação patronal de fazer, ou de não fazer*, se daí derivar correlato cumprimento de prestação de natureza alimentar (como pagar salário), a concessão de tutela antecipativa *não* se condiciona à viabilidade de reversão da situação fática e jurídica ao *status quo ante* porquanto:
>
> 1º) as obrigações de fazer, ou de não fazer *vinculam-se* quase sempre, no Direito do Trabalho, *direta ou indiretamente*, à obrigação de prestar trabalho que, por natureza, é irreversível;
>
> 2º) trabalho prestado gera salário, de natureza alimentar e, como assentado na jurisprudência cível, os alimentos são *irrepetíveis*.

Observa que, no caso de ser proferida sentença contrária ao pleito de reintegração que antes fôra determinada em antecipação de tutela, a força-trabalho desenvolvida pelo empregado enquanto *provisoriamente reintegrado é insuscetível de restituição*, na medida em que implicou o dispêndio de energia física e intelectual. Em consequência, reconhece o e. Ministro que nesse caso "*é impossível repor* as partes ao estado anterior à tutela antecipada", concluindo com propriedade que "no processo trabalhista, *em se*

(106) *A modernização do CPC e o processo do trabalho*, *op. cit.*, p. 98-99.

(107) Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro. In: *Revista LTr*, 61-07/878.

cuidando de obrigações de fazer e de não fazer, a irreversibilidade é a tônica *natural* da tutela antecipativa de mérito, o que não deve constituir óbice a que seja outorgada".

Também a jurisprudência mais recente dos Tribunais Trabalhistas de nosso país, tanto do Col. Tribunal Superior do Trabalho como de Eg. Tribunais Regionais, tem se pronunciado no mesmo sentido, como bem demonstram os seguintes precedentes:

> *Obrigação de fazer. Reintegração provisória. Violação de direito líquido e certo.* Não vulnera direito subjetivo do empregador a concessão de tutela específica (art. 461 do CPC) de reintegração imediata no emprego na pendência de recurso ordinário interposto. A razoabilidade do direito subjetivo material do empregado, aliado ao escopo de conjurar o perigo de dano irreparável advindo do retardamento da solução definitiva da reclamatória, justificam plenamente a reintegração provisória. Recurso a que se nega provimento (TST, RO-MS 296.077/96.6 (unânime), Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro João Oreste Dalazen, sessão de 9.2.98, publicada na íntegra na *Revista do Direito Trabalhista*, n. 04/98, p. 31-33).
>
> *Comissão de fábrica. Garantia de emprego. Reintegração.* Quando a comissão de fábrica é criada assegurando-se a garantia de emprego a seus membros, ocorrendo a despedida imotivada, é possível a reintegração do empregado logo após a prolação da Sentença, ainda que pendente recurso ordinário, que tem efeito meramente devolutivo. Em circunstâncias excepcionais, como a presente, este Tribunal tem admitido a possibilidade da imediata reintegração. Recurso a que se nega provimento (TST, RO-MS n. 304.346/96.3, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Designado Ministro José Luciano Castilho Pereira, sessão de 18.11.97, publicado na íntegra na *Revista LTr*, 62-05/664-665).
>
> *Mandado de segurança. Decisão que determinou a reintegração liminar de empregado.* Após o advento da Lei n. 8.952/94, que alterou a redação do art. 461 do CPC, caíram por terra os fundamentos contra o provimento jurisdicional liminar nas obrigações de fazer. Tendo sido satisfatoriamente analisados os requisitos do "relevante fundamento da demanda" e do "receio de ineficácia do provimento final", não se pode falar em ilegalidade ou abuso de poder. Denegada a segurança (TRT-15ª Região, MS 319/97-P-1, Seção Especializada, Relatora Juíza Iara Alves Cordeiro Pacheco, sessão de 27.8.97, publicada na íntegra na *Revista LTr*, 62-04/531-532).
>
> *Execução provisória. Obrigação de fazer. Reintegração de dirigente sindical.* Com o advento da Lei n. 9.270, de 17.4.96, que acrescentou item X ao art. 659 da CLT, pode o presidente da Junta, antes mesmo da decisão de mérito, conceder medida liminar em reclamações que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado. Com muito maior razão, pode haver reintegração imediata do empregado, uma vez já proferida a sentença do primeiro grau de jurisdição. A nova orientação legal aponta no sentido da reintegração imediata. E as razões do legislador são óbvias: o que verdadeiramente interessa é assegurar a efetiva atuação do dirigente sindical junto aos seus representados. De nada adiantaria o reconhecimento de sua estabilidade, em decisão de mérito definitiva, transitada em julgado anos após a expiração do mandato, ainda que os salários do período lhe fossem assegurados (TRT-3ª Região, MS 399/97, Seção Especializada, Relatora Juíza Maria Laura Franco Lima de Faria, sessão de 17.3.98, publicada na íntegra na *Revista LTr*, 62-07/930-932).

9. Multas diárias (*astreintes*). Adoção de outros meios de coerção pelo julgador para obtenção da tutela específica e a possibilidade de cominação de prisão

Como já se salientou anteriormente, o § 4º do art. 461 do CPC autoriza de modo expresso que o juiz imponha ao réu multa diária, até de ofício, para o caso de descumprimento do comando judicial visando a tutela específica das obrigações de fazer e não

Digitalizado com CamScanner

fazer, concedida na sentença ou de forma antecipada, nos termos do § 3º do mesmo dispositivo. Ao assim proceder, o juiz, além de coagir psicologicamente o destinatário de seu comando, estará eliminando as vantagens econômicas que normalmente adviriam da conduta renitente e procrastinatória do empregador — o que mais uma vez contribuirá, de modo muito efetivo, para equalizar as partes de início desequilibradas nos campos econômico e social.

Eduardo Talamini[108] bem esclarece a natureza da referida multa e os critérios para a fixação de seu valor, bem demonstrando a possibilidade de seu valor acumulado ultrapassar o valor da prestação objeto da tutela específica concedida:

> Trata-se de instrumento destinado a induzir o réu a cumprir o mandado. *Não tem caráter reparatório* (art. 461, § 2º: "A indenização por perdas e danos dar-se-á *sem prejuízo da multa*").
>
> É tendo em vista esse escopo da multa diária que se dará a fixação de seu valor. A lei faz referência a "suficiência" e "compatibilidade" da multa com a "obrigação" (art. 461, § 4º). *Não se trata de pura e simples limitação do valor da multa ao da "obrigação" — o que só faria sentido se aquela tivesse caráter indenizatório.* Haverá de estabelecer-se montante tal que concretamente influa no comportamento do demandado — o que, diante das circunstâncias do caso (a situação econômica do réu, outros valores não patrimoniais eventualmente envolvidos etc.), pode resultar em *quantum* que supere aquele que se atribui ao bem jurídico visado.
>
> A determinação do valor da multa pelo juiz não é ato "discricionário", impassível de controle. O julgador há de estabelecê-lo levando em conta, sempre, aqueles dois parâmetros, da "suficiência" e "compatibilidade". Será revisável pelo grau de jurisdição superior a multa fixada em valor tanto "insuficiente" para induzir o réu, quanto excessivo (caso em que será "incompatível" e ofensiva ao "princípio do menor sacrifício").

Depois de acertadamente sustentar que o "prazo razoável para cumprimento do preceito" sob pena da multa diária, também previsto no multicitado § 4º do art. 461 do CPC, por igual não tem caráter "discricionário", não podendo, diante das circunstâncias concretas de cada caso, ser curto em demasia, de modo que impeça o réu de cumprir a ordem tempestivamente, ainda que queira, nem longo a ponto de ser inócua a tutela que se concedeu ao autor, o i. processualista paranaense esclarece que a multa em questão incidirá assim que decorrido o prazo concedido sem que tenha sido cumprida a determinação judicial, havendo ou não recurso contra sua fixação, que não terá efeito suspensivo. Mas adverte que, "em virtude do caráter provisório de sua imposição, a execução será igualmente provisória (CPC, art. 588)".[109]

(108) Tutelas mandamental e executiva *lato sensu*... In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 154.

(109) *Ibidem*, p. 157 e 159.

No entanto, haverá casos em que a pura e simples imposição de sanções de natureza patrimonial ao réu não será capaz de compeli-lo ao cumprimento específico da prestação objeto da tutela antecipatória concedida. Araken de Assis[110], com sua habitual acuidade, salienta que o "princípio da patrimonialidade" (que ordinariamente atribuía à execução contemporânea exclusivo caráter real, visando apenas o patrimônio do executado, e não sua pessoa) vem gradativamente perdendo seu caráter absoluto para, cada vez mais, ser admitido o emprego da coerção pessoal, especialmente nos denominados *no money judgements*. Partindo da constatação de que a permanente e neutra colaboração do executado para a concretização das decisões judiciais se ostenta improvável (uma vez que este descumpriu seu dever legal no tempo, modo e lugar previstos, fugindo ao desconforto menor do adimplemento), conclui que, nos casos em que os bens judicialmente concedidos dependem da ação ou da abstenção pessoais do demandado, será necessário compeli-lo a participar ativamente do procedimento, pois nenhum sucedâneo atenderá o titular do direito.

Nessa mesma linha de considerações e em artigo mais recente sobre as alterações introduzidas na execução forçada pelos novos arts. 461, 644 e 645[111], o mesmo i. processualista gaúcho, depois de reconhecer a importância do aperfeiçoamento dos meios judiciais de cumprimento das obrigações de fazer e não fazer mediante coerção patrimonial (*astreinte*), observa que *todas essas modificações "apresentam um ponto fraco: a sensibilidade do devedor ao pagamento da pena pecuniária.* Somente se deixará convencer o devedor cujo patrimônio, no futuro, se exporá à execução pelo valor da multa. *Não existindo tal patrimônio ou estando disposto o executado a perdê-lo, nada assegura o êxito da execução específica.* Compartilham desta dificuldade os chamados *deveres legais de abstenção*, tecnicamente distintos das obrigações de fazer, que se adscrevem à mesma disciplina executiva" (grifos nossos). Ou seja: embora seja elogiável o uso pelo julgador dos meios de coerção sobre o patrimônio do destinatário dos comandos judiciais (sendo razoável supor que em boa parte dos casos este preferirá atender a seus ditames), nem sempre isto será alcançado, sendo necessário o emprego mais intenso da força estatal para evitar o desprestígio da própria função judicial e para a obtenção da adequada prestação jurisdicional a que o demandante constitucionalmente faz jus — tornando inevitável o exercício de coação sobre a própria liberdade pessoal do destinatário que, de forma injustificada, simplesmente desobedecer a regular ordem judicial.

Observe-se ainda que a aplicação simultânea e cumulativa de multas pecuniárias diárias em favor do demandante no caso de descumprimento da sentença (as denominadas "*astreintes*") não é incompatível com a cominação paralela da prisão dos destinatários do comando judicial, como decorre do próprio teor do art. 461 do CPC, que prevê aquela coação patrimonial em seu § 4º e, no parágrafo seguinte, autoriza

(110) *Manual do processo de execução*, *op. cit.*, p. 97-98 e 101-109.

(111) Reforma do processo executivo. In: *Inovações do Código de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 154-155.

Digitalizado com CamScanner

também a utilização pelo juiz de todas as outras medidas necessárias para a efetivação da tutela específica e antecipada concedida (inclusive medidas de coerção da liberdade individual dos destinatários da ordem judicial, como anteriormente exposto).

Afirmando a possibilidade dessa cumulação, é definitiva a conclusão de Ada Pellegrini Grinover[112]:

> Caberá à sensibilidade do juiz optar entre as *astreintes* (as únicas adequadas às prestações correspondentes às obrigações personalíssimas, infungíveis por natureza), cumulá-las com as medidas sub-rogatórias capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento, ou decidir pela tomada imediata e exclusiva destas.

É o que também sustenta Eduardo Talamini[113], acrescentando que, "em face da absoluta preferência pelo resultado específico, a conjugação de ambos, sempre que viável, é uma imposição" e que "nada obsta que, embora originariamente tendo sido adotado apenas um dos dois caminhos (só o mandamento ou só a atuação substitutiva da conduta do réu), o outro seja depois empregado. Concedida a tutela típica do art. 461, acompanha-lhe, ainda que não expresso no ato decisório, a determinação do emprego de todos os meios ali dispostos para a obtenção do resultado específico. (...) A decisão posterior que comine a multa ou defina a forma de atuação subrogatória apenas estará efetivando a decisão originária". Em outras palavras, ainda que de início, ao outorgar a tutela antecipada e específica, o julgador não tenha cominado a prisão do destinatário do comando judicial, em caso de seu descumprimento, este sempre poderá determiná-la, como uma das "*medidas de apoio*" virtualmente previstas no § 5º do art. 461 do CPC[114], assim que constatar a inutilidade dos outros meios de coerção sobre a vontade do obrigado, no curso do processo. É o que se passa a demonstrar a seguir, de forma específica.

Se a natureza do provimento judicial antecipatório decorrente da aplicação do art. 461 do CPC é *mandamental*, não se pode *a priori* negar a possibilidade de o próprio Juiz que o emitiu determinar a imediata prisão do destinatário que descumprir a ordem, caso considere que as demais medidas sancionatórias e sub-rogatórias por ele cominadas não serão suficientes para assegurar a tutela específica do direito do autor. Tal medida, se indispensável para levar o destinatário do comando sentencial a seu pronto e completo acatamento, não é ilegal — ao contrário, está ela expressamente autorizada pelo § 5º do art. 461 do CPC acima transcrito, que permite ao julgador determinar todas e quaisquer medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, mencionando expressamente a título exemplificativo a "requisição de força policial". E, portanto, não ofende o princípio

(112) Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: *Revista LTr*, 59-08/1027.

(113) Tutelas mandamental e executiva *lato sensu*... In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 162-163.

(114) E que, propriamente, "as *medidas de apoio* (...) não são medidas de antecipação de tutela, mas de resguardo à eficácia das decisões judiciárias", como preleciona DINAMARCO, Cândido. *A reforma do Código de Processo Civil*. Malheiros, 1995. p. 159.

constitucional do devido processo legal, sendo, na verdade, um necessário desdobramento dele do ponto de vista dos autores, que fazem jus a uma tutela específica, plena e eficaz de seus direitos ameaçados.

Não se pode ignorar, por outro lado, que as vantagens salariais decorrentes da reintegração têm indiscutível natureza alimentar, sendo de observar que o inciso LXVII do art. 5º da Constituição de 1988 exclui da vedação constitucional da prisão civil por dívidas não apenas o caso de "não pagamento de pensão alimentícia", como por vezes se proclama de forma imprecisa. Como está dito literalmente naquele preceito constitucional, fica autorizada a prisão civil por dívida no caso de "inadimplemento voluntário e inescusável *de obrigação alimentícia*" — expressão mais ampla que qualquer interpretação menos rotineira dessa norma considerará ter ocorrido em inúmeros casos na esfera trabalhista, se indiretamente forem suprimidos ou diminuídos direitos de natureza salarial, em afronta à ordem judicial aqui cogitada.

Portanto, se a prisão em exame for considerada civil, estando sua aplicação prevista virtualmente (se não expressamente) no § 5º do art. 461 do CPC, inexistirá qualquer ilegalidade em sua pronta determinação e aplicação pelo próprio Juízo que proferiu o comando sentencial para execução específica da obrigação de fazer ou de não fazer, tão logo fique comprovado o descumprimento do comando sentencial pelos seus destinatários.

Contudo, ainda que se considere que tal sanção tem natureza penal, em decorrência da prática do crime de desobediência capitulado no art. 330 do Código Penal, poderá o mesmo Juízo que emitiu a ordem judicial descumprida, se necessário, determinar a imediata prisão em flagrante do infrator.

Depois de pronunciar-se expressamente contra a possibilidade da cominação de prisão civil pelo Juízo que emitiu a *ordem mandamental* diante da vedação genérica contida no art. 5º, LXVII, da Constituição, Eduardo Talamini[115], em contrapartida, prevê mesmo assim a determinação de prisão do destinatário renitente do comando judicial, mas de natureza criminal:

> Mas o não atendimento pelo réu da ordem contida no provimento *ex vi* art. 461 caracteriza crime de desobediência (CP, art. 330). *Poderá haver até prisão* (penal) *em flagrante do réu desobediente*, observados os pressupostos constitucionais e processuais penais para tanto. Originar-se-á processo penal para apurar a ocorrência do crime, que não se confundirá com o processo civil em curso. Não se tratará, destarte, de instrumento processual civil de coerção — ainda que, indiretamente, a perspectiva de cometer crime e ser apenado possa induzir o réu ao cumprimento do comando judicial[116].

(115) Em seu citado artigo "Tutelas mandamental e executiva *lato sensu*..." In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 165.

(116) Relembra a esta altura o i. professor paranaense que Barbosa Moreira, em seu artigo "A tutela específica do credor nas obrigações negativas" (*Temas de direito processual* — segunda série, *op. cit.*, p. 39), já

Digitalizado com CamScanner

No mesmo sentido e abrangendo inclusive as obrigações de dar, Estêvão Mallet[117] é incisivo:

> Mas se o juiz, na ordem de antecipação de tutela, manda pagar, e a empresa não paga, a despeito de ter dinheiro, comete *o crime de desobediência*, porque a ordem do juiz não é nunca emitida para ser cumprida se isso for conveniente ou for do alvedrio da empresa. A providência é de urgência, e portanto tem que ser cumprida de maneira muito eficaz, sob pena de se tornar uma inocuidade e, com isso, inclusive desprestigiar a eficiência da atuação do Poder Judiciário.

Nessa mesma ordem de considerações, não é verdadeiro que a prática do crime de desobediência capitulado no art. 330 do Código Penal não autorize a prisão em flagrante do infrator. A título de simples mas expressivo exemplo, relembre-se que o próprio parágrafo único do art. 656 do Código de Processo Penal, ao tratar da hipótese do descumprimento da ordem de apresentação do preso ao juiz que receber a petição de *habeas corpus* pela autoridade apontada como coatora, caracteriza tal conduta como "desobediência" e determina a imediata expedição de mandado de prisão contra o detentor. Também o próprio Código de Processo Civil, mesmo antes de sua referida reforma, já previa em seus arts. 579 e 662 a requisição de força policial pelo juiz cível, sempre que necessário, para a prisão (também em flagrante) de quem resistir à ordem de penhora de bens, na execução forçada.

Ademais, como na maioria dos casos das obrigações de fazer ou não fazer na esfera trabalhista o descumprimento do dever de ação ou abstenção será duradouro ou pelo menos de trato sucessivo (pois caracterizado, neste último caso, por ações ou abstenções idênticas e reiteradas a cada mês), será este um típico caso de *infração permanente* na qual, nos precisos termos do art. 303 do Código de Processo Penal, "entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência". Ou seja, enquanto os destinatários do comando sentencial continuarem a descumprir a ordem de abstenção contida na sentença mandamental proferida, poderão eles ser presos em flagrante por mandado expedido pelo próprio Juízo que a proferiu, na estrita forma da lei. Posteriormente, poderá ter curso normal o processo criminal

destacava o caráter de meio coercitivo que a ameaça de sanção criminal assume. No mesmo sentido, Norberto Bobbio que, ao elaborar o verbete "Sanzione" no *Novissimo digesto italiano* (v. XVI, Turim: Utet, 1969. p. 535 *apud* TALAMINI, Eduardo. Tutelas mandamental e executiva *lato sensu*... In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 149-150), inclui entre as espécies de sanção aquelas que denomina de "intimidatórias" e que consistem em medidas que desencorajem o sujeito a violar (ou continuar violando) o direito. Nesse caso, quando empregada a sanção intimidatória e o sancionado vier a cumprir o que devia, sua atividade terá sido voluntária — porém não decorrente da pura e simples intenção de agir licitamente, e sim, consequência da utilização da "sanção intimidatória" por parte do Estado.

(117) Antecipação da tutela no processo do trabalho. In: SANTOS, Juiz Álfio Amaury dos (Coord.). *Anais do III Seminário da Escola Judicial*. Belo Horizonte: TRT-3ª Região, 1997, p. 65, sendo de registrar que tal manifestação conta com a adesão expressa de Luiz Otávio Linhares Renault e Márcio Túlio Viana no citado artigo "Antecipação de tutela". In: *O que há de novo no processo do trabalho*, *op. cit.*, p. 91.

correspondente, perante o juízo competente[118]. Tal é também o entendimento da jurisprudência da própria Justiça Federal comum[119].

Diga-se com todas as letras: a prisão em flagrante daquele que descumprir ordem judicial regularmente expedida de acordo com a lei não fere o princípio constitucional do devido processo legal — muito ao contrário. Relembre-se que exatamente nos países em que o respeito ao *due process of law* teve origem e ocupa ainda hoje seu devido lugar de destaque (Estados Unidos e Grã-Bretanha) é que as medidas acima descritas (ligadas ao instituto do *contempt of Court*) são mais difundidas e praticadas, sem que ninguém cogite da incompatibilidade entre as duas figuras. Por que em nosso país seria diferente? São extremamente oportunas a esse respeito as palavras de Kazuo Watanabe[120]:

> Não faltarão pessoas, certamente, que procurarão combater semelhante solução e também a ampliação dos poderes do juiz para a obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou para o atingimento do resultado prático equivalente.

(118) Nunca é demais lembrar que o art. 301 do Código de Processo Penal dispõe expressamente que "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito", sendo inaceitável que a autoridade judicial que tenha proferido comando no legítimo exercício de seu poder jurisdicional e de acordo com o devido processo legal não possa fazê-lo de imediato, diante de seu descumprimento — isto, aliás, é seu *dever legal* e não simples faculdade, como decorre dos próprios termos da norma acima transcrita. Confirmando tal entendimento, o art. 307 do mesmo diploma processual estabelece que "*quando o fato for praticado* em presença de autoridade, *ou contra esta, no exercício de suas funções*, constarão do auto a narração desse fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado *pela autoridade*, pelo preso e pelas testemunhas *e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto*" (o que demonstra que a autoridade que efetuar a prisão em flagrante não precisa necessariamente ser aquela competente para julgar o delito eventualmente cometido).

(119) Como bem demonstra o seguinte precedente do Eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (publicado na íntegra na *Revista LTr*, 62-06/776-777):
"*Processo penal — Habeas corpus preventivo — decretação de prisão por um juiz presidente de junta de conciliação e julgamento da justiça do trabalho e ameaça de prisão por outros quatro magistrados trabalhistas a presidente de empresa estatal.* A regra doutrinária e jurisprudencial é no sentido de que tendo o Magistrado Trabalhista entendido ter sido configurado um delito, no processo trabalhista, deverá remeter as peças ao Ministério Público Federal para início da ação penal na Justiça Federal. *A não aplicação de tal regra quando da ocorrência do flagrante delito (arts. 301/303, do CPP)*, além de ter sido o Paciente, de pronto, colocado em liberdade com o recolhimento da fiança, *não tendo, assim, prejudicada a sua liberdade de locomoção*. Denegada a ordem" (TRF 2ª Região, HC 00903/96, 3ª Turma, Rel. Juiz Celso Passos).
Da fundamentação desse aresto colhem-se as taxativas afirmações de que a prisão do Paciente se efetivou sob o manto dos pré-falados arts. 301/303, do Cód. de Proc. Penal, pela prática do crime previsto no art. 330 do Código Penal, "pois tinha o Paciente o dever jurídico de obedecer à intimação judicial e a obrigação de acatá-la" e que "aos Juízes Presidentes de Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, como aos Magistrados em geral, cabe, a cada um deles, zelar pelo cumprimento das suas decisões", concluindo por fim que "não é o *habeas corpus* meio idôneo para alguém furtar-se ao cumprimento de ordem emanada de autoridade judicial competente, como no presente caso".

(120) Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: *Reforma do Código de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 45-46.

Digitalizado com CamScanner

> *Não se pode esquecer, porém, que o nosso sistema admite soluções tão ou mais draconianas para a tutela de direitos patrimoniais, como a ação de despejo*, cuja sentença é executada inclusive com a remoção de pessoas, sejam adultas ou crianças, possuam ou não outro imóvel para habitação. *E semelhante demanda é tradicional em nosso sistema e aceita por todos como a solução natural e de excelente efetividade.*
>
> Por que, então, não aceitar que, para a tutela de direitos não patrimoniais, mais relevantes que os patrimoniais, (...) possa o sistema possuir provimentos que concedam tutela específica eficaz às obrigações de fazer e não fazer?
>
> *Com a remoção de pessoas, certamente é atingida a liberdade humana. Mas esta é protegida enquanto estiver em conformidade com o direito.* Da mesma forma que na ação de despejo é ela desconsiderada para a tutela do direito patrimonial assegurada pela sentença, *também na tutela das obrigações de fazer ou não fazer*, enquanto for prática e juridicamente possível a tutela específica ou a obtenção do resultado equivalente, *a liberdade pessoal, se desconforme ao direito, é desconsiderada*, admitindo a atuação do comando judicial através dos meios de atuação determinados pelo juiz e executados por seus auxiliares ou por terceiros (grifos nossos).

Advertindo que "inexiste tutela jurisdicional enquanto o comando enunciado na sentença permanecer só na sentença e não se fizer sentir de modo eficaz na realidade prática da vida dos litigantes", Cândido Rangel Dinamarco[121], ao examinar a possibilidade da expressa autorização do emprego da força policial, observa lucidamente que "a coerção racional e proporcionada não é incompatível com as garantias liberais do Estado-de-direito".

Se os efeitos da decisão interlocutória ou da sentença na qual foi emitido o provimento mandamental antecipatório são imediatos (uma vez que no processo do trabalho o recurso contra ela interposto não tem efeito suspensivo, nos claros e precisos termos do art. 899 da CLT, e os demandados não houverem obtido, em sede de mandado de segurança, a suspensão de seus efeitos imediatos), caberá aos destinatários da ordem judicial antecipatória e preventiva regularmente proferida simplesmente obedecê-la, enquanto não for reformada ou suspensa pelo próprio Poder Judiciário e pelos regulares meios de direito.

Qualquer outra alternativa implicará ato atentatório à própria dignidade da Justiça e à competência constitucional dos órgãos judiciários, sujeitando os infratores às sanções já cominadas, na estrita forma da lei[122].

(121) Em seu artigo: Nasce um novo processo civil. In: *Reforma do Código de Processo Civil*, op. cit., p. 13-14.

(122) Foram estas as razões que, quando honrosamente convocado para atuar em uma das Turmas do Eg. TRT-3ª Região, me levaram a denegar o salvo-conduto pretendido, na qualidade de Relator de *habeas corpus* preventivo interposto por dirigentes de instituição bancária que declaradamente pretendiam descumprir provimento antecipatório de obrigação de não fazer objeto de decisão final de primeiro grau sem sofrer a prisão em flagrante que lhes fora expressamente cominada, em Acórdão cuja ementa foi a seguinte:

10. Considerações finais

De todo o exposto se verifica que o princípio constitucional da igualdade parte da premissa de que o Direito, ao lado de sua clássica função de assegurar as concepções dominantes de cada sociedade, tem uma função transformadora da realidade existente: embora reflexo das condições socioeconômicas e das concepções ideológicas e culturais de determinado momento histórico, pode ele, numa permanente tensão dialética, ser também um poderoso instrumento de mudança do *status quo*, em prol de uma sociedade menos desigual e mais justa.

É bem verdade que a vida diária de nosso país mostra que, entre a proclamação de direitos fundamentais nos textos constitucionais e sua efetividade, há uma grande distância a ser superada. Afinal, como bem observa José Afonso da Silva, "porque existem desigualdades é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais".[123]

Isto se explica em parte pela acurada observação de Márcio Túlio Viana[124] de que, como a doutrina tradicional propalava que as normas constitucionais meramente programáticas não tinham maior eficácia que a de um *programa*, os grupos dominantes da sociedade acostumaram-se a inserir nelas não só o *justo desejado*, mas especialmente o *justo indesejado*, a fim de legitimar o ordenamento sem contrariar os interesses dominantes. Cabe, portanto, aos operadores do Direito, em geral, e aos juízes, em particular[125],

"Habeas corpus *preventivo. Tutela antecipada das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do CPC). Cominação de prisão do destinatário do comando sentencial, em caso de seu descumprimento.* O novo art. 461 do CPC, introduzido pela Lei n. 8.952/94, veio possibilitar a eficaz e pronta tutela antecipada e definitiva das obrigações de fazer e não fazer, priorizando sua execução específica. Para tanto, autorizou o Julgador a emitir provimento mandamental, podendo determinar, de ofício ou a requerimento da parte, todas as medidas necessárias capazes de assegurar a tutela específica do direito do autor ou obtenção do resultado prático equivalente, inclusive cominando sanções contra a liberdade pessoal do renitente destinatário do comando sentencial. Em tais circunstâncias, a cominação de prisão em flagrante, pelo próprio Juiz que prolatou a sentença, daquele que descumprir a ordem judicial que foi regularmente proferida de acordo com o devido processo legal não enseja a concessão de *habeas corpus*. O respeito e o acatamento às decisões judiciais são pedra angular do Estado Democrático de Direito" (TRT – 3ª Região, HC n. 13/97, 3ª Turma (por maioria), Rel. Juiz (convocado) José Roberto Freire Pimenta, DJ-MG de 20.8.97, pub. na íntegra na *Revista TRT — 3ª Região*, n. 55/56, jul. 95/jun. 97, p. 190-204, in: *Revista LTr*, 62-09/1258-1265 e na *Revista do Direito Trabalhista*, 04-9/29-34, setembro/98). Para um tratamento mais detalhado e aprofundado do tema sob os aspectos doutrinário e procedimental, consulte-se o artigo de minha autoria (no qual parte do presente trabalho está baseada) "Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não fazer no processo do trabalho. Cominação de prisão pelo Juízo do Trabalho em caso de descumprimento do comando judicial", publicado na *Revista do TRT – 3ª Região*, n. 57, jul./dez. 1997, p. 117-149.

(123) *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 190.

(124) *Direito de resistência*, op. cit., p. 408.

(125) Sobre a função transformadora do Direito, em geral, e da atividade do Juiz, em particular, consultem-se as obras de VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*, op. cit., Quarta Parte, Cap. IV, p. 401-411 e de PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Cap. VII, p. 122-138.

Digitalizado com CamScanner

dar maior efetividade a tais normas constitucionais, interpretando a legislação ordinária à luz dos princípios por elas proclamados (e não o contrário, como tradicionalmente se tem feito[126]).

Paralelamente, o cotidiano da Justiça do Trabalho e a análise da imensa maioria dos casos por ela conciliados e julgados nos mostra que, infelizmente, sua prática ainda não corresponde, em grande parte, à sua finalidade equalizadora: o acúmulo de casos e a consequente impossibilidade material de se dar uma célere satisfação aos direitos trabalhistas definitivamente declarados em Juízo, em combinação com a incapacidade das ações de cognição plena (e das sentenças condenatórias, que são o seu produto natural) de assegurarem a reparação plena e tempestiva dos direitos de cunho alimentar que são o cerne das relações trabalhistas têm sido, com certeza, os grandes fatores do aumento, hoje observado, do número de lesões aos mais elementares direitos dos trabalhadores brasileiros. Em suma, o número de dissídios individuais tem crescido em direta proporção da impunidade e da incapacidade deste ramo do Poder Judiciário de tornar o descumprimento da lei menos vantajoso, para aqueles que contratam a força de trabalho alheia, que seu cumprimento espontâneo.

Para inverter o resultado desta equação perversa, cumpre aos operadores do Direito, em geral, e aos magistrados trabalhistas, em particular, lançar mão, com firmeza e criatividade, dos instrumentos processuais hoje já disponíveis na lei processual civil, cuja aplicação subsidiária no âmbito trabalhista se dá com muito maior razão de ser, pela peculiaridade de seu objeto. Mais precisamente, o uso da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, com o emprego de todos os meios de execução indireta autorizados pela lei (multas pecuniárias, uso de força policial e decisões judiciais de natureza mandamental, se necessário com determinação de prisão em flagrante de quem as descumprir etc.), terá a grande virtude de eliminar, em grande parte, as evidentes vantagens de que até hoje tem usufruído o devedor trabalhista (via de regra, a parte econômica e socialmente mais forte) quando deixa de cumprir suas obrigações legais, fazendo uso da via judicial para ganhar tempo e para forçar a parte hipossuficiente a transações visivelmente desvantajosas, nas fases de conhecimento e de execução.

Diga-se com todas as letras: o trabalhador que for alvo, por exemplo, de dispensa do emprego com inequívoco caráter discriminatório tem direito, se assim o desejar, a ser *imediatamente* reintegrado ao emprego (Lei n. 9.029/95, art. 4º, I), desde que o magistrado trabalhista para quem sua reclamação trabalhista for distribuída tenha se convencido da verossimilhança dessa alegação e da relevância do fundamento da demanda,

(126) Cabendo aqui lembrar a lição de Ada Pellegrini Grinover, dirigida às normas processuais, mas aplicável à legislação ordinária em geral: "O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive" (*Novas tendências do direito processual*, *op. cit.*, p. 14-15).

nos termos dos arts. 273 e 461 do CPC c/c o art. 769 da CLT — neste caso, será proferida decisão mandamental da Justiça a ser cumprida de pronto, sob pena da aplicação ao réu, de forma cumulativa ou não, de multa diária suficiente para "convencê-lo" ao adimplemento da obrigação e de outras medidas coativas necessárias contra sua pessoa, caso descumpra a ordem judicial (inclusive sua prisão em flagrante, determinada diretamente pelo próprio Juiz que a emitiu). Assim, o empregador que não conseguir imediatamente reverter tal decisão nas esferas judiciais superiores competentes (mediante mandado de segurança) não poderá mais postergar a satisfação daquele direito de seu empregado, como antes o faria.[127]

Cumpre, porém, proferir uma palavra de advertência: não se está aqui a preconizar que a partir de agora os juízes do trabalho, em todo e qualquer caso, determinem sempre a prisão de todos os destinatários de suas decisões de antecipação da tutela específica porventura concedidas — por se tratar de um remédio drástico contra os males da excessiva duração do processo e especialmente contra o desrespeito deliberado e injustificado às decisões judiciais, deverá ele ser utilizado de forma cuidadosa e moderada e com a observância do princípio do contraditório, sob pena de ensejar injustiças e outros males que o legislador certamente não pretendeu propiciar. Em outras palavras, o julgador deverá sempre levar em conta os princípios da adequação e da proporcionalidade, que também se aplicam em favor dos demandados[128].

De qualquer modo, não se pode perder de vista que a possibilidade de intervenção imediata e eficaz do Judiciário trabalhista em conflitos como os citados neste trabalho, para dizer qual o direito realmente aplicável e para concretizá-lo em tempo útil, servirá para impedir o que até os dias de hoje infelizmente vem na prática ocorrendo, na quase totalidade: o predomínio absoluto da vontade de muitos empregadores, como se fosse possível às próprias partes destinatárias da regular ordem judicial descumpri-la até o seu trânsito em julgado com base apenas em sua própria interpretação das normas legais, numa peculiar mas reveladora inversão de perspectivas... Em outras palavras, a atuação da Justiça do Trabalho nos termos do art. 461 do CPC afastará a *autotutela* que em nosso país a parte economicamente mais forte na realidade frequentemente vem praticando nas relações laborais, como se ao Poder Judiciário fosse vedado interferir

(127) Limitando-se a aguardar comodamente que fosse proferida sentença condenatória que seria objeto de recurso seu e, mesmo depois de seu trânsito em julgado, a criar toda sorte de obstáculos à reintegração do autor no emprego para ao final, na pior das hipóteses, apenas ter de lhe pagar, após as fases processuais de liquidação e de execução (com novos recursos, ao menos para a segunda instância), os valores indenizatórios substitutivos, correspondentes àquele direito que, na prática, não teria sido objeto da reparação plena e específica a que o trabalhador discriminado faz jus, por força da lei e da Constituição.

(128) Sendo de absoluta oportunidade as sempre lúcidas palavras do i. jurista e professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, sobre a responsabilidade acarretada ao julgador pelas inovações em exame: "Neste sentido é que as qualidades pessoais do juiz avultam e se lhe exige maior acuidade, maior prudência, perceptível senso comum, espírito bem balanceado e, *last but not least*, conhecimento jurídico, sobretudo no que se refere aos princípios que enfeixam a tutela dos diversos direitos materiais e aos princípios gerais e especiais em que se assentam e se dinamizam as regras do processo" (O juiz e a tutela antecipada. In: *Jornal do Magistrado*, n. 34, abr. 96, encarte).

Digitalizado com CamScanner

de forma preventiva e eficaz para coibir tão importantes lesões a direitos trabalhistas — situação de flagrante desigualdade e de impunidade que, por sua vez, sempre incentivou sua reiteração. Somente assim, aliás, será possível a esta Justiça Especial desempenhar a contento sua função igualizadora, dando expressão prática e real ao princípio constitucional da igualdade no âmbito das relações de trabalho.

A ampla adoção desses modernos mecanismos processuais na esfera trabalhista em nosso país servirá de *instrumento* para uma mudança na *qualidade* das relações entre o capital e o trabalho (tornando-as menos discriminatórias e elevando-as para patamar mais civilizado) e para a maior efetividade do próprio Direito Material do Trabalho brasileiro. Paralelamente, a própria atuação da Justiça do Trabalho será grandemente ampliada em áreas de imensa relevância social, contribuindo para que esta deixe de ser considerada uma mera "Justiça dos desempregados e dos acertos de contas", como infelizmente hoje acontece.

Para encerrar, são de se invocar as palavras finais de advertência de Kazuo Watanabe[129] sobre o tema em questão, em tudo aplicáveis ao processo do trabalho:

> Pelo que ficou acima exposto, as inovações correspondentes aos arts. 273 e 461 são particularmente importantes para se propiciar, em obediência ao princípio constitucional da proteção judiciária corretamente interpretado, uma tutela efetiva, adequada e tempestiva de direitos.
>
> É de fundamental importância a mudança de mentalidade que seja capaz de reverter as categorias, conceitos e princípios estratificados na doutrina dominante, pois somente assim poderão ser extraídas desses dispositivos todas as consequências possíveis para a modernização do nosso processo civil.

Advertindo contra os juízes e advogados que pretendam, pela via interpretativa, obstar a efetividade dos propósitos da recente reforma do processo civil brasileiro (da qual a possibilidade de concessão de tutela antecipada e específica é uma das mais relevantes expressões), Cândido Rangel Dinamarco (depois de incisivamente lembrar que *legem habemus*) assim se manifesta, com absoluta propriedade:

> É preciso ousar, prudentemente, mas ousar. É preciso, se quisermos um processo mais rápido, assumir riscos com a consciência e a certeza de que o próprio sistema predispõe instrumentos para sua correção. A obsessão por níveis absolutos de certeza ou de segurança é fator irracional e utópico de perda de tempo e sacrifício de direitos. (...)
>
> Os grandes princípios constitucionais do processo são em si mesmos perenes mas nem por isso devem ser cultuados como *fetiches*, nem a sua leitura há de ser estanque no tempo. As garantias constitucionais do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa etc. são parâmetros a serem observados na construção e prática da lei processual, mas devem ser interpretados segundo as necessidades do tempo e os legítimos valores da sociedade a que servem. Acima de todos eles paira a garantia do *acesso à justiça*, também oferecida em sede constitucional (art. 5º, inc. XXXV). Quando para a efetividade e necessária tempestividade da tutela jurisdicional for necessário infringir mediante simples *arranhões* algum desses princípios, ou interpretá-los sem os radicalismos estagnários de uma leitura tradicionalista e conservadora, que isso seja feito, porque assim caminha a História das instituições e assim convém à boa ordem jurídica e aos objetivos da justa pacificação pelas vias do processo.[130]

No limiar de um novo século, talvez os operadores do Direito (e especialmente os magistrados trabalhistas) de nosso país, fazendo bom uso dos instrumentos processuais já disponíveis, consigam tornar o Direito e a Justiça do Trabalho instrumentos mais eficazes de construção de uma sociedade mais justa e menos discriminatória que a atual, digna de ser vivida por nós e por nossos filhos. É a nossa esperança e o nosso ideal.

(129) Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer enão fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: *Reforma do Código de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 48.

(130) Aceleração dos procedimentos. In: *Tribuna da Magistratura* — Caderno de doutrina, jul./ago. 98, p. 340-341.

Digitalizado com CamScanner

O Dia a Dia do Juiz e as Discriminações que o Acompanham

MÁRCIO TÚLIO VIANA

A Justiça também discrimina?

Para alguém que, como eu, foi juiz por mais de 20 anos, dói um pouco dizer que *sim*. A Justiça discrimina, do mesmo modo que a lei discrimina, o processo discrimina, o Estado discrimina, a sociedade discrimina. O próprio juiz pessoalmente discrimina, e o faz quase sempre sem saber, sem sentir e, por isso, sem querer.

É verdade que as discriminações não acontecem em todos os momentos, nem com a mesma intensidade. Mas estão quase sempre presentes na rotina da Justiça, não tanto em razão de suas falhas, mas porque, ao contrário, ela reflete e reproduz o sistema em que se insere. Na verdade, é uma espécie de *cria* dele, embora tente reduzir os seus excessos, representados pelas discriminações mais fortes e visíveis.

Um exemplo? A própria sala de audiências. Mesmo na Justiça do Trabalho, onde tudo é menos formal, há um clima de solenidade que ajuda a reproduzir as disparidades sociais. Por mais que o juiz às vezes pareça simpático à causa do trabalhador, quem se identifica com ele é o empregador: ambos falam a mesma língua, vestem-se de forma semelhante, têm a chave para decodificar os símbolos.

Palavras, roupas e posturas lembram ao empregado, a cada momento, um ambiente parecido com os teatros da cidade, a sala do antigo chefe, as lojas dos *shoppings centers*, os hotéis com piscina aquecida, lugares de um outro mundo, cheio de mistérios e ameaças, e que não foi feito para os seus pés.

Assim é, por exemplo, que o juiz discrimina, ainda que de forma leve, quando diz coisas tão ininteligíveis como "operou-se a preclusão", ou quando cita Carnelutti, ou quando simplesmente altera a voz, franze a testa ou murmura alguma coisa ao digitador de audiência: o ritual escapa ao controle do empregado, e embora o próprio empregador nem sempre o domine, é bem mais fácil para ele adivinhar os significados, prever as reações, intuir o seu próprio comportamento.

É claro que o advogado, se presente, minimiza essas desigualdades; mas elas renascem quando o juiz, face a face, interroga o operário, o lavrador ou a doméstica. Aliás, não

é raro o próprio advogado do trabalhador assumir uma postura mais *humilde* diante do colega que subiu na vida: o *ilustre causídico* da A & B Associados... Quase sempre, até as roupas do outro são mais finas; e embora haja claras e notáveis exceções, também a capacidade e a experiência costumam ser maiores — e este é um outro fator que discrimina, pois são os *melhores* advogados que encontram os *melhores* argumentos para convencer o juiz.

Até o antigo juiz classista era discriminado em face do colega. Nas Juntas de Conciliação e Julgamento, era ele em geral quem fazia o pregão, e quem reverenciava mais profundamente a figura do juiz. E não é de se estranhar: afinal, tal como o reclamante, ele era ou tinha sido *um empregado*, e de certo modo sentia o juiz e às vezes o próprio colega como cópias de seu chefe. Se somarmos a esse dado psicológico o nível (geralmente mais baixo) de instrução, será fácil perceber por que, nos momentos críticos do acordo, sua palavra podia pesar menos que a do outro.

O juiz ou a Justiça também discrimina quando o empregado traz testemunhas tão alheias quanto ele ao ritual, e por isso igualmente sujeitas a medos e enganos; e o empregador, ao contrário, vem com seus gerentes ou chefes de pessoal, que conhecem os *dribles de corpo* para escapar dos apertos, e são capazes de olhar o juiz nos olhos, mesmo quando dizem ter visto o que não viram. Afinal, eles são *quase como ele:* tiveram acesso à escola, sabem falar Inglês, navegam na *Internet*. Por isso, sentem-se à vontade: é como ir a um teatro, é como *fazer* teatro, é como participar de um daqueles cursos que ensinam a falar em público.

Discrimina também o juiz quando diz ao microempresário, sem dinheiro sequer para pagar um advogado, que ele "tem vinte minutos para a defesa", sem esclarecer como uma defesa, em tese, deve ser feita. Ou quando — esquecendo-se do profundo fosso que o separa de um operário — não se dá ao trabalho de traduzir a própria língua, e pergunta coisas como: "qual era o seu horário?", sem notar que a resposta será traduzida como: "qual era o horário escrito naquele contrato que você assinou?". Ou ainda quando troca *fatos* por *conceitos*, indagando, por exemplo: "você era ou não empregado?", em vez de: "você trabalhava como queria?", sem perceber que a palavra "empregado" pode estar sendo entendida como "alguém que não celebrou, formalmente, um contrato de serviços autônomos".

Discriminam os tribunais, e aqui de forma *macroscópica*, quando usam as regras da prova de forma pretensamente neutra, como se, no terreno do processo, as partes se tornassem magicamente iguais; ou ainda quando ignoram a realidade das coisas, fazendo de conta que a prescrição trabalhista (tal como a civil) serve para estabilizar as relações sociais, em prejuízo daquele que dormiu na defesa de seu direito — como se o empregado fosse livre para reclamar alguma coisa na vigência do contrato ou, em outras palavras, como se a simples possibilidade de receber horas extras fosse mais importante do que manter o emprego.

Digitalizado com CamScanner

Discrimina ainda a jurisprudência em tantas outras situações[1] em que parece ignorar a desigualdade de forças entre os litigantes — como (em mais um exemplo) ao exigir prova de coação quando o empregado concorda com descontos salariais que supostamente o beneficiam.[2]

É verdade que — se a compararmos com as outras — a Justiça do Trabalho é a que menos discrimina; e o mesmo se pode dizer, de um modo geral, das regras materiais que aplica, até porque o seu propósito, como eu dizia, é o de atenuar as contradições *mais graves* do sistema.

Também não há dúvida de que os juízes do trabalho são em regra mais sensíveis às questões sociais, pois a sua própria formação os impele a isso. Não é por acaso que se preocupam tanto em aumentar a eficácia e a presteza da máquina judiciária, o que os leva a pagar um alto preço em termos de qualidade de vida.

Aliás, é interessante notar também como *eles próprios* são às vezes discriminados, não só porque lidam com uma mercadoria cada vez mais desvalorizada — o trabalho — como também porque combatem aquelas discriminações *maiores* a que nos referíamos. Essa discriminação *contra o próprio juiz* o faz ser considerado, muitas vezes, um magistrado de segunda classe, tal como acontece, aliás, com o advogado trabalhista.

De todo modo, uma coisa não impede a outra: embora lute contra a discriminação e ele próprio sofra com ela, o juiz também discrimina, ainda que em pequenas doses, mesmo porque raras vezes se dá conta disso. Eu mesmo sou um exemplo: quantas vezes não discriminei? É hora do *mea culpa*.

Vejo hoje, com tantos anos de atraso, que o processo é algo muito mais intrincado e complexo do que um simples conjunto de normas e institutos, entre os quais o juiz se movimenta. Não é apenas um composto de prazos, recursos, sentenças, audiências, petições. É também o modo de falar, o jeito de ouvir, a forma de olhar; são as *vestes talares*, o estrado alto, o linguajar rebuscado, o argumento mais hábil. É tudo isso e muito mais: como as raízes de uma árvore, ele se irradia para além dos papéis, para além da lei e para fora da sala de audiências. Se o que não está nos autos *não está no mundo*, o que está no mundo *está sempre* nos autos...

Por isso, discriminamos todos nós, juízes velhos e novos, quando não notamos que todas as coisas se interagem; e que a Justiça não é uma estátua de mármore, mas uma mulher cheia de malícias, que recebe e reflete tudo o que se passa fora dela. Em poucas palavras, discriminamos quando não percebemos que as relações de dominação não se esgotam no pequeno mundo da fábrica, mas acompanham o trabalhador em

(1) A propósito de algumas das distorções praticadas ou permitidas pela jurisprudência, cf. COUTINHO, Grijalbo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *O Mundo do trabalho*: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. v. I.

(2) Súmula n. 342 e OJ n. 160, da SDI-I, do TST.

cada um de seus passos e de seus gestos; que o perseguem até em seu lar, quando ele engole e digere, sem defesas, os jornais e as *domingadas* da TV.

Discriminamos todos nós quando não vemos, ou tentamos não ver, que a igualdade formal, embora muito importante, pode também servir, e tem servido, para mascarar e legitimar a desigualdade real: afinal, se todos são iguais, por que não o seriam as próprias regras? Na verdade — e repetindo — os mecanismos de compensação que a lei criou reduzem apenas as discriminações *mais visíveis*.

Discriminamos todos nós, eu diria, quando deixamos de ser, num certo sentido, um tanto ou quanto *parciais*: não para distorcer a prova, ignorar a norma ou prejulgar o fato, mas de forma a compensar, na medida do possível e do razoável, as outras tantas discriminações que a lei esconde, pois ela quer manter o mito, condição de existência do próprio sistema.

Discriminamos todos nós, enfim, quando nos tornamos insensíveis às infinitas variáveis do cotidiano, sem perceber que uma parte do processo vem das ruas — contaminando, por todos os lados e por todos os modos, o corpo cheio de poros da Justiça...

Digitalizado com CamScanner

Por que a má-fé persegue o Advogado

CELSO SOARES

Estranho destino o do advogado. Por definição, lhe é confiada a nobre missão de defender o Direito e a Justiça, com a solenidade das maiúsculas. No entanto, muita gente torce o nariz à simples menção da palavra; falar em advogado é sinal de que vem encrenca por aí. Geralmente, ele é visto como um malandro cheio de lábia, malícia e boa conversa, espécie de abutre que se alimenta da carniça do conflito social, sempre pronto a esfolar o cliente com a cobrança de gordos honorários e a trapacear na ânsia de vencer a causa. É verdade que existem advogados assim e há, até, quem os prefira, pois na nossa sociedade tudo pode ser convertido e, de fato, se converte em dinheiro, de modo que a luta pelo direito quase sempre se reduz à luta pelo vil metal. A própria ordem jurídica prevê a reparação pecuniária de lesões de direito para compensar a dor da perda de um parente, a ofensa grave, a mutilação ou morte de um trabalhador, a despedida imotivada do empregado, etc. O dinheiro confere, além do acesso aos bens materiais, poder pessoal; por isso, exerce fascínio e a disputa por ele costuma trazer à tona os mais baixos instintos, dando ensejo à fraude e à corrupção. Esse é o caldo de cultura propício à proliferação de advogados desse tipo, a que corresponde certo tipo de clientela.

A discriminação e o preconceito são característicos da sociedade dividida, na qual a dominação, para se legitimar, obter o reconhecimento do organismo social, necessita da mediação cultural e de estruturas simbólicas, de representações. A simbologia conforma e preenche o imaginário popular, ocupando as mentes com abstrações, conceitos, a transfiguração dos fatos que presidem à realidade, conforme concepções religiosas, racionais ou ideológicas, produzindo um modo de elaboração do pensamento segundo o qual os fenômenos se reproduzem espontaneamente como realidade, sem história de que nasce a "falsa consciência" resultante da desvinculação entre a forma — representada pela relação de valor dos produtos do trabalho — sua natureza física e as relações materiais daí derivadas, de tal maneira que uma relação social entre seres humanos aparece como relação entre coisas, como se a projeção do real na consciência estivesse invertida, à semelhança do que acontece na câmera fotográfica, reflexo da imediatidade objetiva que não deixa ver o processo da realidade.

O mundo jurídico faz parte das estruturas simbólicas, desempenhando papel fundamental na organização, no funcionamento e na reprodução das relações de produção e troca; é o reino do imaginário, dos pressupostos, das ficções, o domínio por excelência da lógica formal. Na sociedade em que vivemos, definida por alguém como o mercado idealizado, uma imensa acumulação de mercadorias e uma cadeia de relações jurídicas, as pessoas são isoladas em individualidades voltadas para si mesmas; a oposição dos interesses desses indivíduos tem de ser disciplinada pela forma jurídica e, para isso, eles são transformados em sujeitos abstratos de direito, destacando-se a capacidade de sê-lo da personalidade viva, concreta. O homem é, simultaneamente, partícipe da produção social e função da simbologia das relações monetário-mercantis: o contrato (ou seja, o direito) e o signo monetário, a moeda. Incapaz de se aperceber da natureza do processo subjacente aos fenômenos, o ser humano é condicionado, então, pelas formas de vida social, prisioneiro do fetichismo e do misticismo, levado a ver na falibilidade desse ente fantasmagórico chamado de "natureza humana" a causa de todos os males. Essa a matriz de preconceitos, de discriminações, de ódios raciais, de procura incessante de bodes expiatórios.

A dominação se materializa no poder, que se faz reconhecer, ser aceito pela manipulação do inconsciente coletivo, povoado por toda sorte de imagens e conceitos que reduzem a percepção ao real imediato de partes da totalidade, mantendo-se as pessoas na superficialidade dos fatos em que se fragmenta a realidade, como se a vida fosse simplesmente uma sucessão de acontecimentos determinados por forças cegas, incompreensíveis e inapreensíveis para o homem comum.

O fundamento da ambiguidade com que é visto o advogado encontra-se, em consequência, na dicotomia dominante/dominado, filha da civilização, etapa do desenvolvimento histórico da sociedade humana marcada pelo advento da propriedade privada, excludente, que pressupõe a existência de indivíduos desprovidos de propriedade. Essa dicotomia constitui uma relação de poder e o direito exerce aquilo que Pierre Bourdieu denomina dominação simbólica, isto é, "a imposição da legitimidade de uma ordem social" e, assim, "consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é a visão do Estado, garantida pelo Estado". Essa consagração realiza-se por meio das representações, de que os princípios e instituições jurídicos são uma espécie destinada a permitir que a luta social, transmudada em conflitos, algo que precisa e pode ser resolvido, sem pôr em perigo a dominação, seja submetida aos cânones da ordem dominante e por ela controlada.

Os homens dessa sociedade dada se aproximam ou se opõem conforme o interesse, eis o cerne da vida civil; por sua vez, os advogados defendem interesses. Ao dar aos choques de interesses a forma de litígios, a ordem jurídica, para melhor controlá-los, exige que os portadores de tais interesses acatem, previamente, as regras de procedimento e a decisão final do órgão estatal encarregado de solucioná-los, o Poder Judiciário. Ao se dirigirem à Justiça, pessoas e entidades passam a ser "partes" e caem sob o comando de rituais, linguagem, atos e institutos processuais que lhes são estranhos, que não

Digitalizado com CamScanner

compreendem, na sua inteireza, que escapam ao seu controle. A luta real, corolário da divisão da sociedade, torna-se, então, uma luta simbólica e o chamado "pleito", uma encenação na qual as "partes" figuram mais como plateia do que como atores.

Não basta, contudo, conhecer o cenário onde atuam os advogados para bem compreender as razões da má fama de que gozam. É preciso, ainda, ir às origens históricas da advocacia moderna. Em obra dedicada ao estudo do direito na época da ascensão do capitalismo, Michael E. Tigar e Madelaine R. Levy oferecem minuciosa e reveladora descrição do processo de formação e surgimento dessa profissão, ao mesmo tempo reverenciada e amaldiçoada, no final do século XIII, como atividade regulamentada de um grupo de profissionais com certa preparação formal. A nova classe de burgueses empreendedores precisava romper com instituições que dificultavam e impediam seu desenvolvimento, ou, pelo menos, adaptá-las aos seus objetivos, o que requeria pessoal habilitado. O direito costumeiro da sociedade feudal, basicamente agrária, estava aquém das necessidades de um comércio cada vez mais complexo, que se expandia rapidamente, não se prestava a regular a economia urbana impulsionada pela burguesia, e criava obstáculos à exploração da propriedade rural em moldes capitalistas. Em consequência, o direito escrito adquiriu importância especial, o Direito Romano foi sendo reabilitado, tornando-se frequente o uso de fórmulas em Latim. Estavam criadas as condições para o aparecimento de um especialista que dominasse os termos e artifícios técnico-jurídicos e fosse capaz de conceber novos institutos. Assim, foi se afastando o povo das instituições jurídicas e, segundo aqueles autores, "o direito, como conjunto de normas e máximas, e de complexos procedimentos destinados à sua aplicação, se transformou em ocupação de uma classe de iniciados".

A profissão de advogado, com os traços que guarda ainda hoje, afirmou-se, pois, na defesa dos interesses da burguesia nascente em luta pela conquista de espaços no mundo da feudalidade, tendo de valer-se de ardil para burlar uma ordem jurídica estratificada, baseada em privilégios pessoais e de casta. Tem sua origem ligada aos poderosos e, por isso, nos seus primórdios, atraía a antipatia e o ódio populares. As insurreições camponesas que irromperam na Inglaterra do século XIV fizeram dos juízes encarregados de aplicar normas sobre congelamento de salários e dos arrecadadores de impostos seus alvos prediletos; os revoltosos, além disso, acusavam os advogados de responsáveis pela iniciativa e promulgação desses impostos, e, assim, a sua fúria se voltou também contra eles. Tigar e Levy ilustram esse fato com o diálogo da segunda parte da peça *Henrique VI*, de Shakespeare, na cena da reunião dos camponeses revolucionários, em que um deles declara: "Em primeiro lugar, matemos todos os advogados". Ao que o líder da rebelião responde: "Por certo, é o que me proponho fazer. Não é lamentável que com a pele de um inocente cordeiro se fabrique pergaminho e este, uma vez nele escritas tantas palavras, possa arruinar um homem? Dizem que as abelhas ferram, mas eu digo que é a sua cera, porque na única vez que pus selo num documento perdi o que era meu." Os advogados estavam tão identificados com os ricos burgueses que um deles, por se ter dedicado exclusivamente a defender os pobres, foi canonizado,

fato extraordinário e inspirador de versos que manifestavam espanto por não ser ladrão, ainda que advogado. Tratava-se de Santo Ivo, patrono dos profissionais do direito.

A memória dessa época em que o advogado era, antes de mais nada, destacado auxiliar da dominação está profundamente arraigada no inconsciente popular. Nem a circunstância de, a partir do século XIX, os trabalhadores terem passado a expressar suas aspirações em termos do seu reconhecimento pela ordem jurídica e, por conseguinte, a recorrer a advogados identificados com suas reivindicações; nem a de o Estado, sem comprometer a dominação exercida por seu intermédio, ter deixado de ser órgão puramente repressivo para, incorporando conquistas democráticas e direitos dos trabalhadores, trazer para o seu interior as tensões da luta social, processo que ensejou o aparecimento de um novo tipo de advogado, defensor dos interesses dos dominados, conseguiram superar as reservas mentais decorrentes dessa memória. Muito trabalhador não confia inteiramente no seu advogado, o que é, particularmente, sentido na advocacia sindical.

O poder político e a classe patronal sempre estimularam o preconceito contra os advogados de sindicatos, o primeiro ao criar a ilusão de que o trabalhador pode ter boa defesa na Justiça do Trabalho sem advogado e os patrões desacreditando-os de diversas formas. Ao lado disso, antes da derrocada do socialismo na Europa Oriental e do fim da União Soviética, os advogados de entidades do movimento sindical e populares dirigidas pela esquerda, mesmo os mais devotados, alguns até militantes políticos, enfrentavam outra espécie de preconceito, também de natureza ideológica, vinda de certos dirigentes que cultivavam um radicalismo doutrinarista, cuja origem estava no desapreço bolchevique pelos intelectuais, os quais, por não provirem, em geral, da classe trabalhadora, eram julgados inconfiáveis aos olhos de revolucionários que glorificavam a ação educativa da fábrica na organização e na disciplina dos operários (quando, na verdade, é todo o mecanismo do Estado capitalista centralizado que lhes incute essa disciplina exclusivamente em benefício da maior produtividade, de maiores lucros). Esses advogados, portanto, sofriam a desconfiança das próprias direções das entidades de trabalhadores a que prestavam serviços.

Para que se realize a dominação pelo direito, é indispensável o monopólio do saber jurídico, do conhecimento da legislação, da organização judiciária, das normas processuais e do funcionamento do aparelho judicial por profissionais especializados, entre eles, o advogado, além, é claro, do domínio da produção da ideologia jurídica e da norma. Como estamos numa sociedade regida pela compra e venda, os serviços do advogado são mercadoria e, na disputa por mercado, ele se enquadra nas leis da competição, da concorrência, sujeito às vicissitudes que acometem a economia. Há muito se assiste ao declínio do profissional do direito tipicamente liberal ante o desenvolvimento econômico, que trouxe a primeiro plano, em detrimento do capitalista individual, o capital social, as grandes empresas, os conglomerados; daí a tendência atual de os escritórios de advocacia darem lugar a empresas prestadoras de serviços jurídicos. Em suma: a advocacia não paira acima das leis mercantis, mesmo tratando-se da produção e do comércio de

Digitalizado com CamScanner

mercadoria revestida de nobreza. É ao advogado que cabe, quando procurado por um cliente, dar forma jurídica à postulação dos seus interesses, escolher os meios e modos que lhe pareçam mais adequados para vencer a batalha do processo a ser travada por ele em nome de outra pessoa, como seu representante; estabelece num contrato o valor do seu trabalho, os honorários, e o representado, uma vez acertadas as obrigações contratuais de ambos, entrega-lhe o destino da sua pretensão. Daí em diante, precisa confiar no hábil manejo, pelo advogado, de coisas que ignora; essa condição de "leigo" deixa sempre uma ponta de incerteza, ponto de partida da desconfiança, que se agrava em razão de os serviços do seu patrono assumirem a forma de mercadoria.

Os ritos e a linguagem dos meios jurídicos, por estarem distantes principalmente dos trabalhadores e das camadas pobres, contribuem para que haja um pé atrás, relativamente, a advogados. Quando a luta de interesses se transfere para a superestrutura jurídica da sociedade, torna-se exclusiva de intelectuais especializados: os juízes, o Ministério Público, os serventuários, bem como os advogados (nossa Constituição diz que o advogado é indispensável à administração da justiça). Eles formam um corpo separado na medida em que são os que conhecem bem a lei e a aplicam, o que contradiz o princípio fundamental do sistema jurídico moderno, conforme assinala Nicos Poulantzas, de que ninguém ignora a lei, não podendo alegar, em benefício próprio ou de outrem, que a desconhece, já que, na realidade, ela somente pode ser bem conhecida por aqueles especialistas, como um segredo, estabelecendo-se, assim, certa dependência ou mesmo subordinação das massas do povo a essa verdadeira confraria. Natural, pois, que desconfiem dessa gente que habita um universo cheio de mistério, mas da qual partem decisões que afetam sua família, seu sustento, sua moradia, sua terra, etc.

Não bastasse essa hostilidade popular difusa, o advogado enfrenta, ainda, uma rejeição, poucas vezes ostensiva, de parte do Judiciário, instituição cuja cultura tende a repeli-lo, a considerá-lo um intruso, "um elemento perturbador da veneranda serenidade do juízo", segundo Nehemias Gueiros. Não por acaso, nos últimos anos, vem-se negando a necessidade de advogado no processo judicial para admiti-lo, tão somente, como faculdade concedida a quem precisa ir à Justiça. Pensa-se e age-se no pressuposto de que o maior causador da justiça demorada, se não o único, seria o advogado. Sem ele, haveria celeridade, solução rápida dos litígios, menos recursos, argumentos que lembram as palavras iniciais do clérigo Nicolau Emérico em seu *Manual do Inquisidor:* "Em matéria de heresia, deve proceder-se com muita simplicidade, sem linguajares de advogado e sem as grandes solenidades dos julgamentos". Certamente o linguajar forense daquela época — não só dos advogados — era muito mais terrível, empolado, pedante e rebuscado que modernamente (de uns tempos para cá, ele vem sendo amplamente batido pela linguagem dos economistas). Mas essa referência não passava de pretexto do bom Nicolau, pois a Santa Inquisição, os doutores da Santa Madre Igreja e da hierarquia católica do seu tempo se expressavam de maneira não menos preciosista e hermética. Nicolau queria exaltar, isto sim, os julgamentos sumários; o que sempre incomodou os entusiastas de inquisições foi saber que, estando presente aos atos do processo, o advogado, por conhecer técnica jurídica, a lei, a Constituição, a jurisprudência e os

princípios de direito, tem melhores condições que a parte para assegurar uma boa defesa (desde que possa, evidentemente, atuar com liberdade e independência).

Foi no processo do trabalho que primeiro se manifestou a intenção de afastar o advogado, e essa tendência excludente decorre da inquisição e da conciliação, elementos fundamentais desse processo, que o distinguem do processo civil. Os litígios trabalhistas "serão sempre sujeitos à conciliação", que tem precedência absoluta (CLT, art. 764) e somente se passa ao julgamento se não houver acordo; o juiz do trabalho tem poder discricionário na direção do processo, o que denuncia seu sentido inquisitivo, a explicar a concentração dos atos processuais, a informalidade e a oralidade (é, na verdade, um rito sumário). Debita-se isso à origem administrativa de inspiração corporativista da Justiça do Trabalho, a pretexto de tutela e proteção do trabalhador pelo Estado, a fim de fazer reinarem a colaboração e a harmonia entre patrões e empregados, as quais poderiam ficar comprometidas pela interferência de advogados, esses seres malignos, sempre propensos ao questionamento e a tirar proveito da discórdia. Essa participação facultativa do advogado inspirou, posteriormente, o legislador a estendê-la a processos como os da ação de alimentos, da ação de indenização por acidente de trabalho e, mais recentemente, o dos juizados especiais, antes denominados juizados de pequenas causas. Porém, a chamada Lei de Alimentos, conquanto permita ao credor dirigir-se ao juiz pessoalmente ou por advogado, dispõe que, na primeira hipótese, se ele não indicar profissional que tenha concordado em lhe dar assistência, o juiz, desde logo, designará quem o deva fazer; a lei reguladora dos juizados especiais estabelece que uma das partes tenha assistência de advogado de ofício se a outra comparecer acompanhada de profissional do direito. Somente a Lei de Acidentes do Trabalho segue a regra da presença facultativa do advogado, tal como prevista na CLT; nas demais, procura-se compatibilizá-la com a presença obrigatória.

A exclusão do advogado ocorre em processos cuja clientela majoritária é de trabalhadores, pessoas pobres ou de baixa classe média. A justificativa para tanto costuma ser que muitos não têm recursos para contratar advogado, outros moram em lugares distantes, regiões atrasadas, onde não se encontram advogados. Louva-se o fato de cerca de 80% das questões trabalhistas em que não há advogado se extinguirem na Junta de Conciliação de Julgamento por acordo, desistência, arquivamento, conformação com a sentença, etc., atribuindo-se ao restante — em que sempre existe o patrocínio de advogado — o atravancamento dos tribunais do trabalho. Esses argumentos paternalistas, para atender àquelas situações, omitem a necessidade, de se criar e bem aparelhar a Defensoria Pública da União, prevista constitucionalmente e, até hoje, esquecida. Também fantasiam a realidade, mascarando o que está por trás dessa estatística, em primeiro lugar, a desvantagem econômica do empregado em relação ao empregador, que faz o reclamante, autor da ação, assumir, quando na Justiça do Trabalho, posição análoga à do réu, intimidado pela imponência dos palácios onde, em geral, está instalada pelos rituais, a solenidade e o vocabulário que ali predominam. Ademais, o empregador nunca deixa de usar da faculdade de se fazer representar por advogado, enquanto, muitas vezes, o empregado comparece sozinho, ficando à mercê de magistrados e classistas quase sempre interessados em que aceite qualquer acordo e desista dessa

Digitalizado com CamScanner

impertinência de litigar, para o que não vacilam em invocar a demora na conclusão do processo, a incerteza do resultado, etc.

Se o caráter inquisitivo do processo trabalhista repele o advogado, a conciliação também o rejeita, não sendo incomum o juiz togado e os juízes classistas se dirigirem diretamente ao reclamante na tentativa de que faça um acordo. A conciliação reduz a solução do conflito, em nome da paz social, a uma operação mercantil, enfatizando o ganho pecuniário, instigando a cupidez do patrão, a quem interessa pagar menos do que deveria, e de advogados aventureiros, que só visam os honorários imediatos e sem grande esforço. Ao admitir o advogado apenas facultativamente, entretanto, a Justiça do Trabalho facilita a discriminação de que ela própria sempre foi vítima. Talvez por sua origem administrativa, meio bastarda, durante muito tempo era considerada inferior, o que, seguramente, se deve, sobretudo, a ser a Justiça do pobre, aquela em que credor é o empregado e o devedor, o empregador. Magistrados que se sentem inferiorizados perante seus colegas dos demais órgãos do Juciciário passaram, já há três décadas, a trazer para o processo do trabalho formalidades do processo comum: a contestação tornou-se obrigatoriamente escrita e incorporaram-se institutos como a extinção do processo sem julgamento do mérito, a reconvenção, o recurso adesivo, a ação rescisória, etc., responsáveis por grande parte da lentidão no desfecho das causas. No Rio de Janeiro, alguns juízes chegaram ao requinte de inventar um despacho de nome pomposo, "despacho ordinatório", revivescência do antigo saneador, no qual exigem inúmeros esclarecimentos e detalhes do pedido do reclamante, sob pena de extinção do processo. Assim agindo, a Justiça do Trabalho vem cavando sua sepultura, pois desfaz aquilo que a tornava singular e justificava sua existência, levando água para o moinho dos que sonham acabar com ela.

O descrédito e a desconfiança que atingem os advogados acentuaram-se, nos últimos tempos, em vista de fatores muito concretos, não podendo ser atribuídos unicamente ao imaginário popular. Em trabalho publicado em Recife, em 1984, Joaquim Falcão já os apontava, dizendo que a proliferação desenfreada de faculdades de direito sem as devidas qualificações saturou o mercado de trabalho dos advogados e teve sérias consequências: o empobrecimento de muitos profissionais que vem crescendo, sendo preocupante o número dos que não têm meios de pagar as anuidades à OAB; a queda do padrão ético na disputa por clientes; a baixa qualidade dos serviços e o desprestígio da profissão. Soma-se a isso o progressivo e acelerado assalariamento dos advogados, de tal ordem que o atual Estatuto da Advocacia e da OAB veio regular a situação do advogado empregado. Há, por certo, os que tentam combinar — e o conseguem com muito esforço — o escritório com um emprego, os centauros da advocacia, parte autônomos, parte assalariados.

O advogado já teve, no Brasil, prestígio considerável. Nossos cursos jurídicos foram criados para formar quadros das elites dirigentes mais do que profissionais das denominadas lides forenses, e, durante décadas, fomos conhecidos como "o país dos bacharéis", tamanha a predominância dos advogados em postos-chaves da vida pública. A partir dos anos 70, porém, essa posição foi sendo ocupada pelos economistas, fenômeno, aliás, mundial; tornaram-se eles os senhores da vida de milhões de seres humanos,

com o poder de levar países inteiros ao inferno astral, ditando regras, estropiando a língua com palavras e expressões da língua inglesa, interferindo decisivamente nos chamados "negócios públicos", cada vez mais privatizados. Isso não significa que a ordem jurídica tenha deixado de ser fundamental para a dominação, nem que prescinda, agora, de especialistas em leis e processo. O que se verifica é uma forte tendência a limitar seu campo de atuação, como subproduto da redução ou eliminação da presença do Estado na economia e, principalmente, nas relações capital-trabalho, objeto das teorias do "Estado Mínimo" e da "desregulamentação", justificativa ideológica da propalada "globalização", que se caracteriza pela negação da legalidade, traduzida na regulação, pelos particulares, de suas relações, da negociação como ideal de solução das controvérsias, enfim, da não ingerência do Estado.

Essa retomada do império da autonomia da vontade, da produção da regra e da resolução do conflito pela livre pactuação conduz não somente a novas formas de negação do advogado, mas vai além: apresenta-se como negação do sistema judicial, à proporção que vão transferindo aos particulares atribuições, até aqui, de competência do Judiciário, para deixar aos juízes a tarefa cartorial de sancionar produto do entendimento direto entre as partes. Vai-se privatizando aos poucos parte da atividade judicial e, para alcançar essa meta, de novo, a dominação manipula o inconsciente coletivo, disseminando a ilusão da liberdade através de ideias como a de que é melhor trabalhar "por conta própria" (nem que seja na "economia informal") que ter um emprego (amortecendo, dessa forma, a resistência à abolição de direitos e garantias dos trabalhadores por normas de ordem pública), assim como melhor será resolver conflitos de interesses sem juiz nem advogado, para isso, explorando-se preconceitos (a magistratura agora é a "bola da vez", acusada de se apegar a privilégios e ganhar altos salários). Nessa linha, surge no Congresso a proposta de emenda constitucional que extingue a Justiça do Trabalho e incentiva a arbitragem privada, a transformação da solução de litígios em atividade essencialmente mercantil, de acordo com a lógica de se entregar ao livre mercado a condução das questões que afetam a sociedade.

Essa mudança, baseada na exaltação do consenso, visa, na verdade, criar mais uma forma de neutralização do dissenso — pois, aos seus pregoeiros, parece que o sistema judicial estaria falhando em atender a essa finalidade — e tende a esvaziar a ação dos advogados enquanto defensores do Direito e da Justiça, papel incongruente com a nova ordem pragmática, para transformá-los, de preferência, em negociadores, mediadores, árbitros, de modo que sua astúcia e capacidade de argumentação se exerçam não mais em audiências públicas ou nas tribunas, com a carga emocional e dramática da eloquência, e sim, em salas fechadas, para a busca de resultados práticos imediatos. Tudo se passa como se o propósito final fosse enfraquecer e fazer definhar o papel de contestadores das injustiças que, paradoxalmente, embora integrantes do corpo especializado encarregado de, através da ordem jurídica, legitimar a dominação, tem sido o apanágio dos advogados, esses seres bifrontes, aos quais se impõe o dever de velar por essa ordem, mas que, muitas vezes, a ela se opõem até com risco da liberdade e da própria vida. Carregam o fardo dessa ambiguidade, despertando sentimentos contraditórios, amor e ódio, heróis e vilões ao mesmo tempo. Dedicam-se a uma profissão mal vista, mas que tem um santo como patrono.

Digitalizado com CamScanner

A Discriminação na Jurisprudência(*)

LUÍS FELIPE LOPES BOSON

1. Conceito geral e jurídico de discriminação

Discriminar é estabelecer diferença, distinguir, separar.(1)

Em direito, usa-se o termo para indicar toda sorte de divisão entre pessoas, situações ou coisas, de modo a estabelecer entre elas uma diferenciação, ou fazer com que elas possam ser encaradas a partir dessa divisão.

Quando, por exemplo, se discrimina um terreno imóvel, faz-se a sua descrição, estabelecem-se os seus limites, determina-se a sua exata localização. Os orçamentos também discriminam receitas e despesas, visando com isso que esteja perfeitamente claro para todos de quanto a administração pública pode dispor e no que pode gastar, obstando eventual mau emprego de um dinheiro que é público.(2)

2. Quando a discriminação é juridicamente censurável

Não é correto, portanto, *data venia*, dizer-se que toda discriminação é odiosa. A função da regra de direito é exatamente a de estabelecer distinções entre pessoas, coisas ou situações para conferir-lhes um tratamento diverso .

Como ensina *Celso* Antônio Bandeira de Mello(3), a discriminação não se choca com o princípio da isonomia, desde que:

1º) não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo, para não contrariar os princípios da generalidade e abstração da norma jurídica;

2º) haja realmente nas situações, coisas ou pessoas características e traços diferenciados;

(*) O autor quer ressalvar que apenas pesquisou a jurisprudência do TRT da 3ª Região, Tribunal onde atua.

(1) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 596.

(2) SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 11, p. 99.

(3) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 53-4.

3º) exista correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção estabelecida;

4º) a distinção estabelecida tenha valor positivo, à luz do que estabelece a Constituição.

Assim, feriria o princípio da isonomia norma que vedasse o acesso ao cargo de Juiz a homens de estatura baixa, mas não aquela que lhes proibisse integrar a guarda de honra presidencial. Na primeira, não há correlação lógica entre o fator de desequiparação (estatura) e a distinção estabelecida (exercício do cargo de juiz, acessado aos altos, vedado aos baixos). Na segunda, há. A guarda há de ter um garbo, causar impressão que só homens altos causam, como qualquer pessoa de média sensibilidade percebe.

Haveria correlação lógica na discriminação entre pequenas e grandes empresas em matéria de favores fiscais, se com o favorecimento de grandes empresas se pretendesse uma redução dos preços ao consumidor, ao argumento de que uma grande empresa, produzindo em maior escala, teria melhores condições de oferecer produtos mais baratos. Contudo, tal discriminação, ainda que lógica, contraria princípios constitucionais que, de um lado, protegem a pequena empresa nacional (art. 170, IX) e, de outro, hostilizam a dominação dos mercados e a eliminação da concorrência (art. 173, § 4º).

Da mesma maneira, há correlação lógica na discriminação entre os deficientes visuais e aqueles que enxergam perfeitamente para o efeito de admissão na função de piloto de aviões, mas não na discriminação entre homens e mulheres para o mesmo efeito.

Por outro lado, há correlação lógica na discriminação geral entre homens e mulheres para efeito de admissão em empregos, ao fundamento de que homens não estão sujeitos a pelo menos uma gravidez por ano, com a consequente ausência do trabalho por, no mínimo, quatro meses, e necessidade de contratação de um substituto, com os encargos financeiros decorrentes. Ocorre que a CF proíbe o estabelecimento de critérios diferentes de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX).

3. Estudo de casos de discriminação

3. 1. *A favor da administração pública*

São conhecidas as dificuldades da administração pública brasileira. Soma-se a um crônico déficit nas contas públicas uma visão politiqueira e de curto prazo na orçamentação das despesas, do que resultam quadros insuficientes e desmotivados nas diversas procuradorias.

De mais a mais, esses mesmos fatores acabam provocando uma chuva de demandas. A falta de recursos não permite cumprir a promessa de paraíso contida numa legislação inconsequente, quando não também demagoga. Não permite, às vezes, sequer o cumprimento de normas básicas, como pagamento de salário decente ou um mínimo de limitação ao poder de tributar.

Digitalizado com CamScanner

Some-se a isso o conhecido descompromisso do brasileiro com a coisa pública, que atinge os próprios agentes da administração. A vivência típica de um país em que o Estado surgiu antes da nação, que não participou, portanto, de sua formação e tem-se o quadro triste que acaba fazendo com que o Poder Judiciário se sensibilize, procurando ser generoso para com o erário, embora a recíproca longe esteja de ser verdadeira...

Até onde pode ir tal generosidade? Até onde pode ser à Administração brasileira dispensado um tratamento desigual em relação a seu adversário no processo, para compensar suas deficiências estruturais e operacionais?

Algumas dessas desigualdades estão estabelecidas no Decreto-lei n. 779, de 21.8.69: "prazos em quádruplo para defesa, em dobro para recursos, desnecessidade de garantir a execução para recorrer, remessa de ofício ao tribunal de decisão desfavorável na primeira instância".

Estarão essas desigualdades de acordo com o princípio contido no *caput* do art. 5º, da CF? Podem ser estabelecidas outras desigualdades?

Examinando tal questão, houve por bem a E. 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região decidir o seguinte (RO n. 3.408/90 – Relator Juiz Antônio Álvares da Silva):

> **Ementa: Revogação do Decreto-lei n. 779/69 pela Constituição Federal** — O princípio da igualdade perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, empolga todos os ramos do ordenamento jurídico. Vinculando o legislador e o intérprete significa que numa dada situação jurídica, todos os que nela se envolvem devem ter o mesmo tratamento segundo critério fixado pelo legislador. Em processo a isonomia assume o princípio de *Pars Conditio Partis* expressando que as partes devem ser tratadas igualmente pelo legislador e munidas das mesmas armas de ataque e defesa. Se norma infraconstitucional estabelece "privilégios" em favor de uma delas, dotando-a de maior capacidade de defesa ou ataque, rompendo com o equilíbrio entre os litigantes, há expressa incompatibilidade com o art. 59 da Constituição Federal, ficando, pois, revogada pela norma constitucional de nível superior. Ao estabelecer privilégios à União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e Autarquias ou Fundações de Direito Público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica, o Decreto-lei n. 779/69 cria situação discriminatória injustificável entre os litigantes no processo do trabalho, privilegia uma parte em relação a outra e distingue entre pessoas que, na mesma situação, deveriam ser tratadas igualmente. Esta situação de desequilíbrio e desigualdade não foi recepcionada pela Constituição de 88, que, vedando distinção de qualquer natureza, impede qualquer diferença entre litigantes, nos processos judicial e administrativo.

A principal dificuldade que sinto em acatar a tese acima esboçada está em que o princípio da igualdade perante a lei não é nenhuma novidade introduzida pela Constituição de 1988, estando presente também na de 1967 (art. 153, § 1º), sob a qual baixado o decreto-lei. Não me parece significativo que a atual Constituição tenha feito menção a "distinção de qualquer natureza" e a antiga não, mencionadas algumas distinções proibidas. Trata-se de estilo de linguagem. Evidente que a CF de 1967 apenas exemplifica, ressaltando as discriminações mais desvaliosas.

Há, ainda, a propósito, da Seção Especializada do mesmo Tribunal, o seguinte acórdão (ARG n. 22/96, Relator Juiz Dárcio Guimarães de Andrade):

> **Ementa:** O agravo regimental, como o próprio nome indica, é previsto no Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho e nunca no CPC. O prazo, por ser regimental, *não é* atingido pela dobra do Decreto-lei n. 779/69. Ademais, todo privilégio, no que tange a prazos, é discriminatório, recomendando-se a exegese restritiva.

Este acórdão está em consonância com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, contida no seu já citado pequeno grande livro[4]. As situações só devem ser desigualadas na medida em que esse intento tenha sido inequivocamente professado pela lei.

3.2. *Entre empregados*

Se — muito discutivelmente, aliás — atingimos a democracia política da democracia social, não chegamos nem perto. Reflexo disso é o ambiente autocrático que domina o seio da empresa. O patrão, ou quem lhe faça as vezes, reage, quase sempre, com ferocidade à menor ameaça a seu poder absoluto, ameaça, salvo exceções, expressada nas greves.

O grevista é encarado como subversor da ordem e tratado como inimigo a ser eliminado.

Como vem reagindo o Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região?

> **Ementa: Relações de Trabalho. Discriminação.** Uma das grandes contribuições da Constituição de 1988, no que concerne às relações de trabalho, está em mostrar que toda e qualquer discriminação é odiosa e deve ser veementemente combatida. O princípio da isonomia alcançou, com a vigente Carta política, abrangência que a ordem jurídica brasileira ainda não conhecia. Se a Carta Constitucional, no art. 5º, proíbe distinções de qualquer natureza, e, se o art. 7º proíbe a discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, com muito maior razão repreenderá o comportamento do empregador que deu tratamento diferenciado ao obreiro, por ter este reivindicado, no âmbito da empresa, de maneira pacífica e ordeira, melhorias nas condições de remuneração. Aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do § 1º do art. 5º da Carta Maior (RO 1517/94, 3ª Turma, Relª Juíza Maria Laura Franco Lima de Faria).

Situações há em que o empregador decide a quem punir e a quem perdoar, sem estabelecer critérios para tanto, salvo os da emoção, ligados a simpatias ou antipatias pessoais.

A reação do Tribunal não tem sido diversa:

> **Ementa: Greve — Comunicação antecipada (48 h) à parte contrária — Perdão tácito.** Não obstante a falta de comunicação antecipada do movimento grevista à empresa, esta perdoou alguns dos seus empregados que haviam participado do movimento, e que por isto haviam sido dispensados sem justa causa, readmitindo-os. Observe-se que a garantia de comunicação estampada na lei é simples direito subjetivo da empresa, não constituindo direito indisponível,

(4) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 57-8.

Digitalizado com CamScanner

ou seja, o seu perdão fez desnecessária a comunicação em tela, o que não implica na negação de vigência à lei, já que ela poderia dispor daquela garantia. Readmitidos alguns empregados, e não havendo qualquer motivo justificador de diversidade de tratamento, o perdão há de ser estendido a todos os outros, sob pena de se cometer odiosa discriminação (RO n. 1.075/95, 4ª Turma, Relator Juiz Carlos Alberto Reis de Paula).

Ementa: Justa causa — Participação do empregado em greve — Não constitui falta grave ensejadora da despedida do empregado por justa causa a sua adesão pacífica sem violência a paralisação temporária dos serviços da empresa, com essência reivindicatória, ainda que se verifique a ilegalidade do movimento coletivo. Inteligência da Súmula n. 316 do STF, mormente em se considerando a adoção, pela empresa, de tratamento diferenciado aos grevistas, dispensando alguns por justa causa e outros não, sem que houvesse diferenciação no comportamento dos empregados durante o movimento paredista, em inadmissível discriminação (RO n. 15.143/97, 4ª Turma, Relª Juíza Denise Alves Horta).

Em algumas situações, a distribuição de benesses e castigos, sem maior critério, não necessita do estímulo da greve:

Ementa: Gratificação especial de desligamento. Mera liberalidade. Direito não configurado. O pagamento espontâneo e inconstante pelo empregador de gratificação a apenas alguns de seus ex-empregados, por ocasião do desligamento destes, não configura ofensa ao princípio isonômico, nem configura violação de direito. Da existência de direito, no particular, sequer se pode cogitar, dado que não conhecidas as dimensões e os limites nem dos supostos fáticos, nem das consequências jurídicas da norma que lhe daria existência. De tratamento discriminatório tampouco também se há falar haja vista que não ficou patenteada a dispensa de tratamento desigual a situações iguais. Ademais, a diferenciação de tratamento alegada, se não fere direito certo do empregado, insere-se no âmbito da liberdade do empregador no exercício razoável da discricionariedade inerente a seu poder diretivo (RO n. 1.164/97, 5ª Turma, Rel. Juiz Márcio Ribeiro do Valle).

Este último acórdão, *data venia*, a mim me parece equivocado, ao partir da premissa de que o tratamento desigual não fere o princípio de isonomia, de regra, competindo a quem se julga prejudicado provar o contrário, e não àquele que discrimina demonstrar a sua razão ao discriminar. Ademais, cai em contradição, ao mesmo tempo admitindo "diferenciação de tratamento" e negando o "tratamento discriminatório".

O empregador tem o dever de pôr à luz o critério diferenciador utilizado para que o Judiciário o julgue conforme ou não a isonomia.

Aceita-se a tese de que uma gratificação esporádica não deva integrar o salário, mas deve-se repudiar a noção de liberalidade, como se em troca de qualquer retribuição do empregador não houvesse o trabalho do empregado.

Há situações em que, posto à luz tal critério, verifica-se a justiça da discriminação:

Ementa: Programa de Incentivo ao Desligamento Voluntário — Plano de Indenização Espontânea — Banerj — Extensão a outros estados — A instituição, pelo Banerj, de programa de incentivo ao desligamento voluntário, designado plano de indenização voluntária, visou eliminar o número excessivo de empregados concentrado no estado do Rio de Janeiro, de modo a ajustar o quadro de pessoal às reais necessidades do Banco naquela região. Por conseguinte, o fato de não se ter estendido o benefício a empregados lotados em outros estados não implica tratamento discriminatório, tanto que a própria lei, ao tratar da isonomia salarial, no art. 461 da

CLT, condiciona o direito à equiparação aos empregados que trabalhem na mesma localidade (RO n. 16.199/96, 4ª Turma, Rel. Juiz Fernando Luiz Gonçalves Rios Netto).

Este acórdão peca apenas por dar ao vocábulo discriminação conteúdo pejorativo que ele, como visto, não tem.

3.3. Entre empregados saudáveis e doentes

Assim como na discriminação entre homens e mulheres trabalhadores, pode parecer que haja correlação lógica na discriminação entre empregados saudáveis e doentes, já que os primeiros, indubitavelmente, rendem mais que os últimos.

Contudo, assim como a Constituição protege a mulher da primeira discriminação, preservando-lhe a dignidade e prestigiando-lhe a maternidade, ainda que obliquamente, proíbe também qualquer distinção no tratamento de empregados saudáveis e doentes, já que estabelece como sendo política do Estado a redução de agravos ao doente (art. 196, *caput*).

É o que vem entendendo nosso Tribunal:

Ementa: Discriminação — Toda discriminação é sempre odiosa, tanto que o art. 5º, da Constituição Federal de 1988, a proíbe. A saúde, também por força constitucional, é direito de todos. Assim, a dispensa imotivada do aidético, que em pouco mais de quatro meses implementaria o prazo de garantia de emprego, objeto de norma negociada, constitui triste exemplo de discriminação. A despedida implicaria, em última análise, na sua própria morte. A reintegração, *in casu*, podia ser feita por meio de cautelar inominada. (MS n. 76/93, Seção Especializada, Rel. Juiz Dárcio Guimarães de Andrade).

Ementa: Servidor público — Aplicação da Lei n. 7.670/88 — Reintegração aidético — Dispensa antissocial ou arbitrária — Obstativa ao seguro-doença — Discriminatória — Nulidade do ato patronal. Empregado portador do vírus da AIDS não é beneficiário de estabilidade (Lei n. 7.670/88), por não ostentar a condição de servidor público. A reintegração, *in casu*, decorre do ato patronal eivado de nulidades, configurando-se a despedida antissocial ou arbitrária, obstativa ao seguro doença, além de discriminatória (inteligência e aplicação do art. 5º, da CF/88, art. 5º, da LICC, art. 467 da CLT e princípios protetores do direito do trabalho) (RO n. 6.763/94, 3ª Turma, Rel. Juiz Álfio Amaury).

Ementa: Trabalhador acometido por LER — Despedimento injusto. Reintegração. O despedimento injusto de empregado acometido por LER presume-se discriminatório e, como tal não pode ser tolerado pela ordem jurídica, impondo-se, em consequência, sua reintegração (Constituição da República, arts. 3º, IV e 7º, XXXI) (RO n. 4.281/97, 3ª Turma, Rel. Juiz Antônio Balbino Santos Oliveira).

Estes acórdãos têm a grande vantagem de estabelecer uma presunção de antijuridicidade da dispensa do empregado doente. Fica, com efeito, difícil para o empregado demonstrar que sua doença foi a causa (encoberta) da dispensa. Já o empregador sempre pode justificar eventual outro motivo para a rescisão.

3.4. Entre empregados próprios e terceirizados

Em busca da "qualidade total", um dos mitos neoliberais, vêm as empresas concentrando-se na sua atividade-fim, contratando outras empresas para as atividades-meio.

Digitalizado com CamScanner

Tais empresas contratadas encarregam-se do recrutamento do respectivo pessoal. No seio da empresa principal, chamada tomadora, passam a conviver duas castas de empregados: os próprios e os terceirizados.

Estes últimos quase sempre só percebem aquilo estritamente determinado nas leis de proteção mínima, excluídos de quaisquer benefícios extras concedidos pela tomadora aos seus empregados próprios. A qualidade total é a de lucros, achatadas as despesas pela substituição de antigos empregados próprios, ora dispensados, pelos terceirizados.

Como vem reagindo o Tribunal?

A ementa seguinte resume a posição tomada:

> **Ementa: Terceirização — Direitos iguais do empregado da terceirizante que trabalha para a tomadora dos serviços** — A empregadora fornecedora de mão de obra tem de observar, quanto aos seus empregados que trabalhem em empresas tomadoras de seus serviços, os mesmos direitos e salários dos empregados destas. Este entendimento se ampara no princípio isonômico garantido pela norma fundamental (art. 5º, *caput*), e ainda no art. 12, *a*, da Lei n. 6.019/74, por analogia, efetivamente é capaz de afastar os efeitos da simulação contra o empregado de empresas prestadoras de serviços (terceirizantes) e procedimentos de outra ordem que encerram, na intermediação de mão de obra, lícita que seja a contratação entre a tomadora e locadora (terceirizante e terceirizado), diminuição de salário e de outros direitos observáveis pelo tomador em face de seus próprios empregados. Para observância do princípio da analogia, o certo é a empresa prestadora de serviços observar os salários e demais direitos dos seus empregados que laborem para terceiros conforme os direitos e salários dos empregados da empresa cliente. Constituem postulados fundamentais os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, Constituição Federal). Dentre os "objetivos fundamentais" da República estão a constituição de sociedade justa e solidária, erradicação da pobreza e marginalização, redução de desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos com exclusão de quaisquer formas de discriminação (art. 2º, Constituição Federal). Se se atender à grandiosa concepção vinculante dos princípios fundamentais da República, que irradiam o mais assegurado e disposto na Constituição, sem dúvida que se constata que há vedação para situações de desigualdade e ou discriminação como as levadas a efeito pelas prestadoras de serviço na consecução de suas atividades quando, em face de seus empregados que cumprem trabalho em empresas tomadoras, a estes não atribuem ou observam as regras e valores contraprestativos aplicados ou aplicáveis aos empregados daquela que recebe a prestação laborativa. As discussões voltadas a increpação da terceirização de mão de obra tem como principal raiz a de ela ser adotada como instrumento de perseguição, de diminuição do custo empresarial através da oferta de salários de menor valor, olvidando-se toda a temática que nela poderia aportar-se como *plus* para a operosidade e eficácia objetiva do intento do empreendimento. Os objetivos da terceirização não se lastreiam em lucro maior ou custo menor. Utilizá-la para pagar salários menores que os observados pela tomadora quanto aos seus empregados é ilegítimo, constituindo-se em prática voltada à distorção dos preceitos protetivos da legislação trabalhista. Dentre as suas vantagens não se inclui a diversidade salarial ou de direitos individuais do empregado e independe da pessoa que seja seu empregador. O empregado de terceirizante, que desenvolve seu trabalho em atividade terceirizada, tem os mesmos direitos individuais e salários dos empregados da tomadora dos serviços exercentes da mesma função (RO n. 12.205/97, 1ª Turma, Rel. Juiz Ricardo Mohallem).

3.5. Entre empregados e patrões

O desnível econômico entre empregados e patrões justifica um tratamento processual diferenciado, vale dizer, uma proteção vinda já não da lei, mas do Juiz? Se se justifica, até que ponto?

> **Ementa: Prova — Princípio da igualdade de tratamento — Liquidação por artigos** — A liquidação por artigos justifica-se pela necessidade de alegar e provar-se fato novo (CPC, art. 608), sendo defeso discutir de novo matéria já objeto de prova no processo de conhecimento, ainda que a prova tenha sido insatisfatória (art. 610). Cabe ao juiz, se necessário, valer-se do facultado via do art. 335 do CPC para estabelecer a condenação do réu ou absolvê-lo. Permitir que o reclamante, na execução, tenha chance de provar, por exemplo, a prestação de serviços em domingos e feriados, tendo em vista que a prova, no processo de conhecimento, foi insatisfatória, equivale a atribuir-lhe tratamento tutelar, desigual, discriminatório, com quebra do princípio da igualdade previsto no art. 125, I, do CPC (RO 4.172/87, 1ª Turma, Rel. Juiz Manoel Mendes de Freitas).

Com efeito, embora tenha ampla liberdade na instrução do feito, o juiz, frustrada a prova do empregado, não pode lhe dar uma segunda chance, diferida para a liquidação. Estaria atingido o princípio do juiz natural, competente e imparcial. Inexistentes provas ou indícios, impossível estabelecer-se presunções, absolve-se o patrão, já que nada está a indicar qualquer responsabilidade sua. Um juiz não pode ter espírito prevenido contra uma categoria, pois, neste caso, deixa de ser juiz.

> **Ementa: Ônus da prova. Regra interpretativa. Aplicação do princípio *in dubio, pro operario*.** O chamado "empate" de prova quando as testemunhas arroladas pelas partes confirmam, cada qual, o fato objeto da prova, leva o julgador à busca de meios que o auxiliem na obtenção da verdade. Pela análise e valoração da prova acata-se no processo trabalhista o princípio do *in dubio, pro operario*, quando notória a inferioridade do empregado perante o empregador, quer seja pela diversidade de situação econômica, quer seja pela desigualdade resultante da subordinação (RO n. 3.722/94, 4ª Turma, Relª Juíza Deoclécia Amorelli Dias).

A situação aqui é bem diversa. O empregador pode e deve preconstituir, documentalmente, a prova de todos os fatos importantes do contrato. O empregado não: mais uma projeção de seu estado de subordinação. Obrigado o empregado a provar o que alega por testemunhas, difíceis de encontrar — já que seus ex-colegas, ainda no emprego, não querem se prestar a tanto, temerosos de também perdê-lo — dispersas, portanto, no mundo, esgarçados os laços de convívio no trabalho, quase nunca consegue fazer uma prova plena. Justo que, criada a dúvida no espírito do juiz, decida-se a seu favor.

> **Ementa: Recurso. Deserção.** Se o reclamante foi condenado ao pagamento de multa por litigância de má-fé e teve os seus pedidos julgados improcedentes pelo MM. Juízo *a quo*, está obrigado a efetuar o depósito da importância a que foi condenado, para recorrer, nos termos exigidos pelo art. 899, § 1º, da CLT. Observe-se que esse dispositivo legal impõe a obrigatoriedade do prévio depósito para a admissibilidade do recurso ordinário ao vencido, inexistindo motivo para se admitir que somente a parte reclamada estaria obrigada a realizá-lo. Aliás, a imposição do ônus de depositar apenas ao empregador seria inconstitucional, segundo o art. 59, da CF, pois estaria discriminando sobre a igualdade de armas das partes no processo, a exemplo do DL n. 779/69. É verdade que, sendo o empregado e o empregador diferentes perante a vida, se-lo-ão também perante o processo. Mas a proteção que se dá ao empregado

Digitalizado com CamScanner

através do processo não pode ser de ordem discriminatória, mas global, dotando o processo do trabalho de meios rápidos e objetivos para a solução dos conflitos trabalhistas. (SILVA, Antônio Álvares da. *Depósito recursal e processo do trabalho*. 2. ed. Brasília: Centro de Assessoria Trabalhista, 1991. p. 25). Não conheço do recurso ordinário apresentado, porque deserto (RO n. 13.238/97 – 2ª Turma – Relª Juíza Alice Monteiro de Barros).

Se o empregador tem que, até certo limite, garantir a execução, para ter o direito a uma "segunda opinião" sobre o seu caso, parece, a princípio, justo, que o empregado também tenha, salvo prova de incapacidade econômica.

3.6. Discriminação por idade

O que pode ser assinalado como novidade introduzida pela Constituição de 1988 é o combate ao preconceito por idade, a preocupação com o idoso. Vejam-se os arts. 3º, inciso IV, e 230.

Como isso tem repercutido na jurisprudência do Regional mineiro?

LIMITAÇÃO DE IDADE PARA MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO — CONFIGURADA PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA — A existência de norma interna que prevê o limite de 58 (cinquenta e oito) anos de idade para a extinção dos contratos de trabalho dos empregados da parte autora caracteriza — prática discriminatória. Assim, impõe-se a anulação das dispensas efetivadas sob tal motivo (RO 1.021/2008, 5ª Turma, Relª Desembargadora Lucilde Lyra).

O que causa espanto é que a prática corretamente condenada partiu de empresa controlada pela administração pública.

3.7. Preconceito de raça

Como observa justamente Ricardo Sampaio:[5]

> Embora aparentemente raras, as dispensas pelas duas primeiras razões — discriminação racial ou sexual — não podem ser ignoradas. De um modo geral, tais restrições se exercem no umbral do emprego. A raça e o sexo acabam obstando a própria conquista do serviço, ainda que mediante desculpas polidas e evasivas gentis.

O modo disfarçado no exercício do preconceito e sua maior ocorrência na fase pré-contratual fazem com que raramente o preconceito racial seja objeto de debate em um tribunal trabalhista.

Isso não obstante:

Ementa: Discriminação racial no trabalho — Caracterização — Efeitos jurídicos. A discriminação no trabalho, motivada por etnia, religião, sexo, nacionalidade, convicção filosófica ou política, ou de qualquer outra natureza, será sempre odiosa e moralmente repudiável, além de atentatória dos direitos e garantias fundamentais. Para que surta efeitos jurídicos, no

(5) SAMPAIO, Ricardo. AIDS e o dano moral. In: RDT, 04-06, p. 4.

entanto, no âmbito laboral, hão de ser seguramente caracterizadas não só a sua prática, mas, principalmente, a sua imputabilidade ao empregador. Se os atos tidos como discriminatórios não passaram do relacionamento pessoal do reclamante com o seu chefe imediato, não se pode atribuí-los ao reclamado que deles sequer teve ciência. Nesta hipótese, nenhuma reparação de natureza trabalhista é devida (RO n. 16.860/96, 3ª Turma, Rel. Juiz Antônio Álvares da Silva).

A mim me parece um tanto tímida, *data venia*, a posição adotada. O art. 932, III, do Código Civil, autoriza a responsabilização do empregador por atos de seus empregados. Exigir-se a pessoalidade para responsabilização penal é certo, mas para efeitos civis, parece-me um incentivo ao *status quo*. A responsabilização obrigaria a uma maior vigilância e coibiria práticas racistas.

Parece que neste sentido vai evoluindo a jurisprudência do Regional:

DANO MORAL — RACISMO — REPÚDIO À PRÁTICA — O ato praticado pelo superior hierárquico da reclamante ao referir-se a ela como "neguinha" é discriminatório. A primeira reclamada, por seu gerente, fez diferenciação da empregada por um pensamento usual e tão dolorosamente combatido na sociedade que é a valoração das diferenças entre as raças, em uma crença que os traços físicos e culturais qualificam os seres humanos em superiores e inferiores. O Direito do Trabalho não permite que o empregado, em seu labor, seja discriminado, insultado e ultrajado. Aliás, a conduta é banida pela própria Carta Republicana, que no seu pilar de constituição, que é o preâmbulo, assegura a igualdade e a justiça como valores supremos em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (RO n. 1.131/2007 – 2ª Turma – Relª Juíza Maria Stela Campos).

4. Conclusão

4.1. É equivocada a noção de que toda discriminação seja odiosa, constituindo, ao contrário, função mesma da regra de direito estabelecer distinções entre pessoas, coisas e situações, para conferir-lhes tratamento diverso.

4.2. A discriminação não se choca com o princípio da isonomia, desde que: 1º) não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo; 2º) haja realmente nas pessoas, coisas ou situações características e traços diferençados; 3º) exista correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção estabelecida; 4º) a distinção estabelecida tenha valor positivo, à luz do que estabelece a Constituição.

4.3. Enfrentando situações de discriminação, seja para autorizá-la, seja para condená-la, o Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região:

4.3.1. Entendeu revogado pela CF o DL n. 779/69, que estabelece a favor da administração pública prazos maiores para se defender e recorrer em processos judiciais, facilitando-lhe, ademais, o exercício do direito de recorrer, bem assim, garantindo-lhe o acesso ao duplo grau de jurisdição.

4.3.2. Proibiu tratamento diferenciado reservado pelo patrão a empregado seu, grevista ou reivindicador de melhores condições de trabalho.

Digitalizado com CamScanner

4.3.3. Negou legitimidade a ato empresarial que, arbitrariamente, perdoa alguns grevistas para punir outros.

4.3.4. Decidiu ser jurídica a concessão de gratificação não imposta em lei a apenas alguns dos empregados, ainda que não explicitados os critérios da concessão da vantagem.

4.3.5. Chancelou o comportamento empresarial que destina incentivos financeiros ao desligamento de empregados apenas às regiões afetadas por excesso de quadros.

4.3.6. Declarou a antijuridicidade da dispensa fundada somente na doença de empregado.

4.3.7. Hostilizou tratamento salarial diferenciado entre empregados da tomadora dos serviços e os assim chamados terceirizados.

4.3.8. Autorizou a condenação do empregador na chamada situação de empate na prova, considerada a maior dificuldade do empregado em preconstituí-la documentalmente e fazê-la produzida oralmente.

4.3.9.Condenou norma interna que orientava a despedir empregados pelo simples fato de atingirem uma certa idade.

4.3.10. Isentou o patrão de responsabilidade por ato de discriminação racial praticado por preposto seu, evoluindo para aplicar o art. 932, III, do Código Civil.

Processo do Trabalho: Sonho, Desejo e Realidade

ADRIANA GOULART DE SENA

1. Processo do Trabalho: igualdades e diferenças para sua efetividade

Há na base do exercício da jurisdição o escopo de eliminação dos conflitos, pois são, exatamente, as situações de litígio que, quando não resolvidas na esfera particular, são levadas à apreciação do Estado, por meio da provocação da função jurisdicional.

O processo, como instrumento da jurisdição, deve realizar o direito[1] e, caso as partes não se conciliem, cumprir a finalidade de emanação de uma sentença participada.[2]

Na concepção de um processo justo, o clássico direito de ação se transforma não apenas em meio de se recorrer ao Poder Judiciário para a defesa dos direitos individuais, mas também para o estabelecimento de um verdadeiro direito material da justiça, que requer a remoção dos obstáculos econômicos e sociais que impedem o efetivo acesso à jurisdição.[3]

O sistema processual trabalhista corresponde, na verdade, a um verdadeiro sistema de tutela jurisdicional diferenciada: seja pela concentração; seja pela simplificação das fases e dos atos processuais; seja pela técnica de sumarização da cognição, típica das medidas cautelares e antecipatórias[4]. Instrumentalidade, efetividade, acesso à justiça e celeridade são princípios nucleares que compreendem e integram a concepção de um processo justo.

(1) O processo é um instrumento, não um fim em si mesmo. É uma ferramenta que viabiliza o Estado no exercício da função jurisdicional.

(2) Compreende-se a sentença participada aquela cujo princípio constitucional do contraditório foi respeitado.

(3) Nesse contexto, a presença de um magistrado com saberes transdisciplinares é imprescindível, além da aproximação com a exlética — "pensamento do homem integral". Sobre o tema, ver MARTINS, Nádia Bevilaqua. *Resolução alternativa de conflito*: complexidade, caos e pedagogia. Curitiba: Juruá, 2006.

(4) PIMENTA, José Roberto Freire. A Conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. In: *Revista LTr*. São Paulo, v. 65, n. 02, fev. 2001, p. 154.

Digitalizado com CamScanner

A instrumentalidade está ligada à ideia do processo como uma ferramenta para efetivação do direito material, uma vez que o processo não possui uma razão de ser única e exclusivamente em si mesmo, sendo, isso sim, um meio para a concretização do direito material violado.[5]

A lição de Antônio Álvares da Silva sempre atual:

> O débito trabalhista tem uma premência social muito maior do que o débito obrigacional comum do direito privado, daí a necessidade de um processo especial para fazê-lo valer. [...] Esta "instrumentalidade" do processo do trabalho tem que ser desenvolvida dentro da mesma finalidade da norma trabalhista: garantir ao trabalhador a tutela efetiva de seus direitos, o que equivale a garantir-lhe o próprio direito à sobrevivência digna.[6]

A efetividade[7] do processo corresponde à ideia de que o processo deve ser apto a produzir os seus resultados, seja para a plena atuação do Direito Material, seja para a satisfação integral das pretensões justas do demandante, seja para a integral solução da questão posta em conflito entre os litigantes.[8]

O acesso à justiça, muito além daquela noção inicial de um direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação, deve ser encarado "como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos"[9].

Acresça-se no debate sobre o tema "acesso à justiça" e que não pode ser descurado, segundo o Professor Leonardo Avritzer, a desfunção que se apresenta e que há de ser analisada é a que se chama "excesso de acesso". Na realidade, e de forma crítica, um dos grandes desafios atuais do Poder Judiciário é ampliar o acesso à justiça a uma maior diversidade de atores sociais e de forma equânime. Alerta o professor Leonardo que o fato de estar tramitando algo em torno de 48 milhões de ações nos tribunais do país é um indicativo de que o Poder Judiciário é muito procurado. Todavia, não raro perceber-se que a busca do acesso à Justiça partiu da concepção de que seria mais "barato" responder às demandas na Justiça do que investir em melhoria na prestação de serviços ao consumidor, por exemplo.[10]

---

(5) Sobre o tema, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

(6) SILVA, Antônio Álvares. *Questões polêmicas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1992. p. 63-4.

(7) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. v. 4, p. 306.

(8) De Chiovenda: "dar a quem tem um direito, na medida do que for possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter". Citação de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. v. 4, p. 306, nota de rodapé n. 31.

(9) CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 12.

(10) Anotações e reflexões a partir da palestra proferida pelo Professor Leonardo Avritzer na Escola Judicial do TRT da 3ª Região, no dia 21 de agosto de 2009, no Curso Gestão Administrativa e Judiciária de Varas do Trabalho.

As palavras de Luiz Otávio Linhares Renault iluminam o outro importante aspecto processual — a celeridade:

> Ocorre que, na medida em que o processo foi adquirindo importância científica e prática, inclusive na órbita constitucional, sua estrutura foi sendo abalada por um problema inerente à sua disseminação — a demora. Se, no passado, o grande problema do processo se prendia ao acesso à justiça, hoje ele é de natureza mais grave: o tempo de sua duração. É preciso, urgentemente, compatibilizar o acesso à justiça com o tempo gasto para a prolação de uma sentença definitiva. Chegou-se a um ponto tal que não são falsas as afirmativas de que processo justo é sinônimo de processo célere; processo demorado é sinônimo de processo injusto. Tudo isto nos leva a uma fórmula muito simples: não basta que o direito material seja justo, urge que o processo também seja justo. Neste contexto, o tempo passou a ser o coração, a alma do processo.[11]

De todo modo, certo é que o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas para o legislador, mas também se dirige ao Estado-Juiz. Nessa linha de ideias, o Magistrado tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal. Há de pensar e levar a efeito o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, além de compreender as tutelas devidas a este direito.

> Nesse sentido não é suficiente pensar que, diante de duas interpretações possíveis da regra processual, o juiz deve preferir aquela que não seja contrária à Constituição. É que, diante de certa regra processual, podem existir duas interpretações que sejam *razoáveis* na perspectiva constitucional. Nesse caso, o juiz tem o dever de preferir a interpretação que garanta a *máxima efetividade* à tutela jurisdicional, considerando sempre o objeto que deve ser tutelado (a tutela do direito material) e a realidade social.[12]

Em outras palavras, o jurisdicionado não tem somente direito à técnica processual prevista na lei, mas sim a uma postura judicial que seja hábil, coesa e forte bastante para conformar a regra processual às necessidades do direito material diante dos casos concretos.

Interpretar é um objeto ideal, invisível e suscetível de ser percebido pelo raciocínio e pela intuição. Ao se pensar na dimensão do "atuar" do Juiz, depreendem-se seu papel destacado e relevante e a importância de sua formação para a atividade judicial, além de sua necessária, imprescindível, contínua e inexorável contextualização ante o mundo em que vive.

---

(11) RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Síntese de um estudo sobre a Lei n. 9957/2000. In: *Procedimento sumaríssimo*: teoria e prática. Estudos em homenagem ao Mestre Osíris Rocha. São Paulo: LTr, 2000. p. 104.

(12) MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281> Acesso em: 19 dez. 2009.

Digitalizado com CamScanner

2. Interpretando normas processuais, a Justiça do Trabalho em fragmentos decisórios

Observando a jurisprudência e a construção exegética a partir da atuação dos Tribunais, podem-se extrair alguns exemplos de interpretação de normas processuais com o fito de realização do direito material em face de casos concretos.

Sabe-se que uma tendência processual é a coletivização das ações individuais, e no processo do trabalho o art. 8º, III, é a sua expressão constitucional. O cancelamento do então Enunciado n. 310 do TST em 2003, que restringia a atuação do Sindicato como substituto processual, foi uma inequívoca orientação para o ramo justrabalhista de uma aplicação direta e menos restritiva do dispositivo constitucional referido.

Recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista n. 939/2004-007-04-00.9, decidiu pela legitimidade de um sindicato que atuou como substituto processual com o fito de obter reconhecimento ao adicional noturno a incidir sobre o período trabalhado após às 5 horas, em prorrogação ao horário noturno cumprido. Para o tribunal de origem, o objeto da ação teria natureza personalíssima, pois buscava a exigibilidade concreta de uma parcela, com natureza condenatória, restando inautorizada a via substitutiva na visão regional. Todavia, a interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho é que, na atual ordem jurídica, o sindicato representativo da categoria profissional detém legitimidade para postular, em favor do segmento dos trabalhadores escalados para a prorrogação da jornada noturna, na qualidade de substituto processual, o direito ao reconhecimento do adicional noturno, uma vez que se está diante da defesa de direito homogêneo.

O direito positivo pátrio contém alguns preceitos que autorizam o julgador a conceder mais do que pleiteado, ou até coisa diversa daquela que foi pedida, expressando o que se tem chamado na doutrina de princípio da "extrapetição"[13]. Exemplos dessa orientação são os arts. 467 e 496 da CLT, além da Súmula n. 211 do TST.

Instado a se manifestar sobre a existência ou não de nulidade por julgamento *extra petita* ante o deferimento da parcela 1/3 de férias sem a existência de pedido expresso, o Tribunal Superior do Trabalho assentou no julgamento do Recurso de Revista n. 2290/1998-315-02-00.1 o entendimento de que, "na medida em que as férias e o terço de férias encontram-se disciplinados pelo art. 7º, XVII, da Constituição, possuindo, portanto, a mesma base constitucional, o pleito de uma implica o deferimento da outra, ainda que não tenha sido expressamente postulada, o que afasta qualquer alegação de julgamento *extra petita*.

Medidas de eficácia e eficiência, gerando efetividade do direito processual e em *ultima ratio* do direito material, quase sempre têm um espaço amplo de aplicação na fase de execução trabalhista. É que, não raro, o devedor não quita espontaneamente o

(13) GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, p. 89.

valor apurado e há de ser instado ao pagamento, inclusive com medidas coercitivas, como aplicação de multa (v. g., art. 475-J do CPC), liberação de valores em execução provisória (v. g., art. 475-O do CPC) e a declaração de hipoteca judiciária (art. 466 do CPC).

Sobre a declaração de hipoteca judiciária, inclusive de ofício, existe decisão do Tribunal Superior do Trabalho dizendo ser o instituto plenamente aplicável ao processo trabalhista, uma vez que o objetivo do legislador, ao conferir esse efeito à sentença, foi garantir a eficácia de futura execução — medida ainda mais justificável na Justiça do Trabalho, tendo em vista a natureza alimentar dos créditos discutidos. Por outro lado, segundo o Colendo Tribunal Superior, o depósito recursal não é o depósito da condenação: é apenas o mínimo destes valores, sendo a hipoteca um mecanismo que não deve ser desprezado pelo julgador, pois garante celeridade e efetividade à execução.[14]

Outro campo processual importante e crucial para a viabilização da garantia constitucional do acesso à justiça é aquele referente à interpretação do art. 651 da CLT ante o art. 5º, LV, da CR/88. A dinâmica do mundo atual, aliada à evolução dos meios de comunicação, tem trazido ao Judiciário Trabalhista questões referentes ao efetivo local de contração e de prestação de serviços bem distintas daquelas imaginadas pelo legislador de 1943. É um dos constantes desafios diante dos casos concretos que são trazidos à colação é fazer da interpretação algo que viabilize os direitos fundamentais, inclusive processuais, nos quais está incluído o acesso à Justiça.

Extrai-se da jurisprudência do Tribunal Regional da 3ª Região a seguinte decisão:

> EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA — CONTRATAÇÃO POR MEIO DE COMUNICAÇÃO A DISTÂNCIA POR PREPOSTO OU MANDATÁRIO DO EMPREGADOR — GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA COMO CONDIÇÃO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS — Ao trabalhador contratado a distância, pelo empregador, por via telefônica ou por preposto ou mandatário do empregador, assegura-se o direito de ajuizar ação trabalhista no foro em que ele se encontrava no ato da contratação. Se o trabalhador contratado, em local distinto daquele em que se efetivou a prestação dos serviços, já se desloca para o local desta com as condições de trabalho previamente acertadas entre as partes, especialmente a função, a remuneração e o local de trabalho, tem-se como consumada a contratação. Nesse caso, o local da contratação para fins de fixação da competência trabalhista é o do local onde se encontrava o trabalhador no momento da avença. A assertiva decorre de interpretação dos fatos do processo à luz dos princípios constitucionais superiores da *garantia dos direitos fundamentais* e do *acesso à justiça*. Sobretudo quando as condições econômicas do trabalhador são incompatíveis com os custos advindos da necessidade do deslocamento para o ajuizamento e acompanhamento da demanda — quase sempre por mais de uma vez — em foro distante do seu domicílio (da contratação) para onde retornou após a cessação do contrato. O contrário implica negativa do direito ao acesso à justiça pela interposição de obstáculo (obstáculo econômico) intransponível ao seu exercício pelo trabalhador. O autor foi contratado neste Estado para trabalhar em Tietê/SP, por via telefônica e por mandatário da empresa, tendo deslocado para aquele Estado com todos os elementos constitutivos do contrato de trabalho previamente estabelecidos e com todas as despesas de deslocamento já custeadas pela empresa reclamada. Nesse caso, o foro de Guaxupé, local em que se encontrava o autor no ato da contratação, é o foro competente para o ajuizamento da ação. (01035-2007-081-03-00-9 RO – Redator Juiz Convocado Antônio Gomes de Vasconcelos – DJ/MG 3.4.2008 – p. 11)

(14) RR n. 393/2006-058-03-00.6.

Digitalizado com CamScanner

De se ressaltar que o texto celetista possui plasticidade e vazios que podem ser preenchidos pelo intérprete, o que lhe outorga uma constante possibilidade de se atualizar e de ser eficaz. E tudo a partir da interpretação de suas normas, em geral mais abertas do que aquelas encontradas em outros ramos. Assim, é possível uma efetiva conformação ao tempo e ao mundo em que se vive.

Não se descurando da observação sempre oportuna de Eduardo Couture, o processo trabalhista deve ser manejado por uma Justiça Especializada, pois assim se atende à complexidade e sutileza necessárias ao ramo juslaboral, cujo recrutamento há de ser de "juízes mais ágeis, mais sensíveis e mais dispostos a abandonar as formas normais de garantia, para buscar um modo especial de Justiça, que dê satisfação ao grave problema que se lhe é proposto. A especialização do juiz resulta, nesse caso, uma exigência imposta pela natureza mesma do conflito que é necessário resolver".(15)

E é desse Juiz especializado (e — por que não? — especial), inserido na sociedade em que vive, crítico, estudioso e que, com desenvoltura, trafega entre ciências irmãs e conexas, o sonho e o desejo que podem se tornar realidade:

> PROCESSO DO TRABALHO — *FREUD* DA CIÊNCIA PROCESSUAL — PROCESSO CIVIL — *LACAN* DA CIÊNCIA PROCESSUAL — ANSIEDADE E FRUSTRAÇÃO — MEDOS E MITOS — SÍMBOLOS ALÉM DA METÁFORA: *SIMS E NÃOS* — COMO LIDAR COM ESSES SENTIMENTOS? JUIZ SOCIAL DO TRABALHO E PROCESSO À FLOR DA PROVA — EFICÁCIA MATERIAL QUE "UM MURO ALTO PROÍBE" — SONHO, DESEJO E REALIDADE — Quando se fala de acesso à Justiça não se pretende designar nada, absolutamente nada mais do que um serviço público colocado à disposição do cidadão, que paga os seus impostos e que deseja um resultado célere, eficaz e útil do processo, instrumento apto para a solução das controvérsias, sob o monopólio do Estado Democrático de Direito. No entanto, da mesma forma que se luta por um acesso digno à Justiça, deve-se lutar também por uma saída digna — sonhos e realidades, o que não significa necessariamente ganhar a demanda. A questão é outra: eficiência não metaforizada. Certo, quem tem razão deve obter êxito, embora isso nem sempre aconteça. O processo é técnica jurídica, alicerçado em sólidas bases científicas, adstrita a solução do litígio a vários fatores, alguns deles alheios à vontade do Estado, bem como ao juiz sem espelho. Neste contexto, solução digna de determinada controvérsia significa, antes de mais nada, a tramitação definitiva do processo dentro de um prazo razoável, conforme art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. Sem essa qualidade processual, as demais ficam comprometidas. O legislador trabalhista foi extremamente sábio — direito material e direito processual na mesma lei; poucas palavras, concisão e clareza, qualidades superiores da linguagem jurídica. Mais realismo, menos devaneio. Fez mais: fase de conhecimento e fase de execução no mesmo processo — o eu e o outro eu. E não parou nisso: poucas normas processuais, cujo núcleo é o art. 765 da CLT, para que o juiz tivesse a indispensável liberdade (equilibrada, prudente e fundamentada) na condução do processo, que possui uma ambientação instrumental essencialmente direcionada para a efetividade material. O Processo do Trabalho é o *Freud* da ciência processual, profundidade e clareza; eficiência e articulação técnica interior, solução a partir de si próprio e em si mesmo para os problemas instrumentais, teleológicos e existenciais. Por outro lado, a dogmática Lacaniana invadiu, com reflexos no Processo do Trabalho, o Processo Civil, que de tanta

(15) COUTURE, Eduardo. Algunes nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo. In: *Tribunales del Trabajo*. Instituto de Derecho del Trabajo. Faculdade de Ciências Jurídicas y Sociales. Santa Fé, 1941. p. 111, *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 60.

contradição com o seu propósito, resolveu modernizar-se, mas que ainda peca pelo excessivo formalismo, por sacralidades e por solenidades vazias, por hermetismos e obscurantismos, o que lhe impede a obtenção de efeitos práticos visíveis: compreender o compreensível, em palavras simples e diretas. A parte que utiliza o serviço público prestado pelo Poder Judiciário não merece ser dominada pela ansiedade, que, em um segundo momento, se torna uma frustração, consumida a sua esperança pelo tempo, que corrói o verde, a verdade e a paciência dos cidadãos. Ao lado da conciliação (transação entre as partes sob praticamente a responsabilidade delas) é preciso investir também na simplificação da legislação processual (coragem e responsabilidade do legislador). É indispensável retomar a simplicidade do Processo do Trabalho, reconhecendo-se ao juiz o efetivo poder de condução do processo, sem que as suas rédeas sejam divididas por quem não deseja que o procedimento tenha a sua tramitação em prazo razoável, embora se deva lutar por uma verdadeira democratização das decisões judiciais, sujeitas a poucos recursos. O processo, como ciência instrumental-substancial, ao invés de indiretamente repercutir no estímulo ao descumprimento da legislação trabalhista, tendo em vista alguns fatores, como a morosidade; a prescrição; a conciliação; os juros de 1% ao mês; o risco da demanda; o risco da prova que com o passar do tempo pode passar, isto é, desaparecer, desfazer-se ou fazer-se mais difícil; deveria contribuir fortemente para o cumprimento da lei, atribuindo ao juiz um real poder-dever, cercado de grave responsabilidade, na condução célere, efetiva e justa do processo. Isso ocorreria se fosse eficiente, interna e externamente. É extremamente perturbador verificar que a entrega do bem da vida, deduzido pela parte na petição inicial e reconhecido por sentença transitada em julgado, constitui uma qualidade do processo, que *"o muro alto proíbe"* (Chico Buarque). Sonho, desejo e realidade. Distâncias insuperáveis; diálogo impossível. Longe, lá longe, do outro lado, situa-se o resultado útil do processo, onde os olhos alcançam, mas onde as mãos do credor não conseguem atingir. Sonho que alimenta a frustração do empregado que trabalhou, não recebeu o que lhe era devido no momento oportuno e que tem de passar pela via-crúcis de um processo, olhando para o vazio que a demora da solução definitiva provoca dentro de si e que frustra a todos: Reclamante, Estado, juiz, sociedade e cidadão.

Digitalizado com CamScanner

DISCRIMINAÇÃO E TRABALHO

Digitalizado com CamScanner

Discriminação: Desdém da Pessoa Humana em Branco e Preto

LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT E
MARIA ISABEL FRANCO RIOS

O que será que será
Que dá dentro da gente que não devia
Que desacata a gente que é revelia
Que é feito aguardente que não sacia
Que é feito estar doente de uma folia
Que nem dez mandamentos vão conciliar
Nem todos os unguentos vão aliviar
Nem todos os quebrantos toda alquimia
Que nem todos os santos será que será
O que não tem descanso nem nunca terá
O que não tem cansaço nem nunca terá
O que não tem limite

O que será que me dá
Que me queima por dentro será que me dá
Que me perturba o sono será que me dá
Que todos os ardores me vem atiçar
Que todos os tremores me vem agitar
E todos os suores me vem encharcar
E todos os meus nervos estão a rogar
E todos os meus órgãos estão a clamar
E uma aflição medonha me faz suplicar
O que não tem vergonha nem nunca terá
O que não tem governo nem nunca terá
O que não tem juízo.

(Chico Buarque)

1. Igualdade: construção/desconstrução, o vento e a vertigem do tempo

Sob a ótica estritamente jurídica, no Brasil, o uso da palavra discriminação pode ser compreendida como a prática, a céu aberto ou coberta com véu, expressa ou tácita, velada e camuflada de atos tendentes à desconstrução da luta secular pela igualdade, ou mesmo por menos desigualdade.

Se, por um lado, a igualdade é improvável; por outro, menos desigualdade é possível.

De acordo com Dom Paulo Evaristo Arns, "discriminar é excluir, é negar cidadanias, e a própria democracia" (ARNS, 2000. p. 13).

Para a OIT (2005. p. 53-54)

> Discriminação é o ato de tratar as pessoas de forma diferenciada e menos favorável a partir de determinadas características pessoais, tais como, entre outras, o sexo, a raça, a cor, a origem étnica, a classe social, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional, que não estão relacionadas com os méritos e nem com as qualificações necessárias ao exercício do trabalho.

Digitalizado com CamScanner

Ensina Jorge Luiz Souto Maior (2002. p. 97) que discriminar pode significar distinguir, discernir coisas, pessoas, ideias, em conformidade com suas características próprias e critérios bem definidos. Ou seja, importa diferenciação.

Discriminar é, de conseguinte, estabelecer distinções sem fundamento, sem razão que não seja a razão da diferenciação, da segregação, da diminuição e da humilhação da pessoa humana, mediante a adoção de valores pessoais destoantes da dignidade humana. É pretender fazer a medição da pessoa humana com a régua da injustiça, e não da justiça; é pretender traçar o perfil da pessoa humana com o compasso do ódio, e não do amor. É desenhar uma pessoa disformemente, desdenhando os valores éticos mínimos da civilização humana.

A discriminação, qualquer que seja a sua natureza, deve ser repudiada, inclusive e principalmente aquela que ocorre nas relações de trabalho, visto que constitui uma das maiores violências contra a dignidade da pessoa humana, pois priva a vítima de direitos básicos, criando dificuldades para a melhoria de sua condição de vida.

Fábio Konder Comparato introduz a leitura de obra clássica sobre o tema, com as seguintes palavras:

> O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém — nenhum indivíduo, género, etnia, classe social, grupo religioso ou nação — pode afirmar-se superior aos demais. (2003. p. 01)

Na Grécia antiga, porta de entrada da civilização, surgiu a noção do homem detentor de dignidade, ao colocá-lo no centro do universo, como um ser dotado de liberdade e razão, capaz de atingir o conhecimento. As noções de dignidade e de igualdade entre todos os homens remontam aos estoicos, ainda que a ideia fosse de difícil compreensão em razão da escravatura.

Note-se que a igualdade é um valor universal, multidisciplinar e até mesmo religioso. Jesus Cristo, no Novo Testamento, em Mateus (13, 24), explicou o princípio da igualdade, ao dizer que o reino dos céus é um reino de igualdade.

Eis as suas palavras:

> O reino dos céus é semelhante ao fermento que u'a mulher tomou e meteu em três medidas de trigo, até que tudo ficasse levedado.

Os homens estariam representados nos grãos. A sociedade nas três medidas de farinha. A igualdade seria o efeito de tudo levedar.

Quando o fermento é colocado na farinha, nela penetra em todos os grãos, por igual, produzindo em todos eles os mesmos efeitos ou a mesma composição bioquímica. Daí, essa interpenetração, ou intercomunicação de todos os direitos em todas as pessoas.

2. Revoluções, evoluções e involuções

As revoluções liberais atribuíram direitos fundamentais aos homens. A Revolução Francesa pregava "Liberdade, Igualdade e Fraternidade". Em seu art. 1º dispunha:

> Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum. (COMPARATO, 2003. p. 154)

Os dois primeiros lemas da Revolução, liberdade e igualdade, desde então, sempre estiveram presentes na cena da vida pública. Por serem abstratas, deram origem a muitas interpretações. E a fraternidade? Ela era um conceito por demais aderente ao tempo em que foi gerada. Todavia, com o passar dos anos, perdeu o fascínio e o brilho, além da força política de suas duas irmãs.

Durante a Revolução Francesa, a ideia de fraternidade era estendida aos Estados. Queriam os franceses que todos os povos da Europa se transformassem em Estados livres, iguais e fraternos, ainda que a fraternidade significasse a libertação de outros povos, independentemente de sua vontade de serem libertados.

Mas a ideia de fraternidade tripartiu-se: deu origem ao internacionalismo, ao intervencionismo e ao cosmopolitismo.

A primeira concepção em torno da fraternidade é, usualmente, atribuída a Marx e ao marxismo. Tinha fundo político. O proletariado deveria unir-se para formar um comunismo universal.

A segunda abriu espaço para o alastramento do capitalismo e para a expansão da exploração de povos e de riquezas naturais.

A terceira não se atrelou a nenhum movimento específico, já que envolveu diversas formas de dominação, ao longo do tempo.

Em essência, a fraternidade não é somente um meio de alcançar outro objetivo, mas é o fim principal de uma solidariedade humana a ser atingida. Representa a ideia de que todos os povos da terra, bem como todas as nações soberanas, podem viver juntos e em paz, garantida pela disposição de resolver conflitos mediante negociações e diálogos, priorizando-se as pessoas, e não a riqueza.

Hodiernamente, a fraternidade está fortemente ligada à sobrevivência do planeta e da nossa espécie. Tornou-se uma necessidade. Ela é uma imposição, temos de reabilitá-la, como um dos mais relevantes valores da era pós-moderna.

Portanto, o homem é possuidor de direitos fundamentais: liberdade; igualdade; fraternidade; trabalho digno e salário suficiente para que tenha uma vida digna; participação nos lucros da empresa via cogestão; propriedade e livre disposição de seus bens. Releva salientar, ainda, o direito de busca da felicidade onde quer que a pessoa se encontre, no país onde entender melhor, imigrando ou emigrando; além de possuir o direito de exigir do Estado a promoção do bem comum; o direito a um Poder Judiciário

Digitalizado com CamScanner

imparcial e eficiente; o direito de ter do Estado leis que atendam a seus anseios e que atendam à evolução de suas necessidades sociais e individuais; e ainda o direito de ter do Estado a proteção para os objetivos sociais relativos à saúde, à educação, ao desenvolvimento, à cultura, participando ativamente do Governo, como eleitor, ou, podendo ser eleito.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pelas Nações Unidas, em Paris, em 1948, proclama que:

> Artigo I
>
> 1. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.
>
> Artigo II
>
> 2. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer condição. 3. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. (COMPARATO, 2003. p. 232)

Diz ainda, em seu art. 23, 1, que: "Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego" (COMPARATO, 2003. p. 234).

E, no art. VII: "Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação" (COMPARATO, 2003. p. 233).

Mas o homem sempre teve uma tendência de discriminar o seu igual/desigual. As pessoas que não possuem a mesma condição social, a mesma cor da pele, os mesmos costumes e a mesma cultura, os mesmos credos, a mesma etnia, a mesma religião sempre foram objeto de discriminação, esquecendo-se os discriminadores de que a diversidade é a principal fonte da maior de todas as riquezas — a beleza da multiplicidade da raça humana. O que constrói a beleza humana são as diferenças.

3. Uma viagem à antiguidade: regresso sem regressão

Em uma ligeira viagem histórica, acompanhando os múltiplos momentos da civilização, percebemos as inúmeras diferenciações que ocorreram ao longo do tempo.

Na antiga filosofia indiana, conforme ensina Paulo Eduardo Vieira de Oliveira (2002: 41), havia duas tradições relacionadas ao destino último do homem: a tradição hindu e a tradição budista. A tradição hindu possuía duas divisões: a primeira, védica; e a segunda, bramânica. Na tradição bramânica encontramos o Código de Manu, 200 a.C. – 200 d.C., em que são visíveis características de ética social, uma vez que impedia

a vingança. A reparação era feita pagando-se um determinado valor pecuniário, arbitrado pelo legislador. Manu (*Manu Vaisvasvata*) foi o homem que sistematizou as leis sociais e religiosas do hinduísmo. Foi um personagem mítico na Índia antiga, muito respeitado pelos brâmanes — membros da mais alta casta hindu, a dos homens livres.

No entanto, o Código de Manu (2002. p. 109), no art. 617, reservava a seguinte proibição sucessória:

> Os eunucos, os homens degredados, os cegos e surdos de nascimento, os loucos, os idiotas, mudos e estropiados não são admitidos a herdar.

Na Grécia antiga, assim como em Roma, os escravos não eram considerados pessoas que tinham sua dignidade reconhecida, sendo meros objetos. Os estrangeiros possuíam direitos próprios e distintos. Mesmo que em algumas passagens da história os estudiosos apontem que os matriarcados tenham sido uma forma de poder dentre aqueles existentes, as visões preconcebidas da mulher como um ser inferior dominaram a Antiguidade, a Idade Média, a Idade Moderna, e, para a maioria da população mundial, a mulher ainda é vista como ser inferior e não dotado de plena capacidade, como ocorre nos países islâmicos.

No livro do Gênesis, Antigo Testamento, quando da criação do mundo, na visão judaico-cristã, o criador, ao verificar que Adão e Eva cometeram pecado, condenou a mulher a ter filhos com uma dor multiplicada e estar debaixo do poder de seu marido, o qual a dominaria.

Na mitologia grega, o filho de Zeus e Juno, Héfestos, era coxo e disforme. Na Grécia os portadores de necessidades especiais eram discriminados, desde a exclusão sumária até mesmo a morte. Platão admitia a eliminação das pessoas defeituosas, monstruosas ou inúteis. Ao conceber uma sociedade ideal, defendeu a aplicação de medidas que protegessem a união e os filhos advindos de pessoas "boas", sugerindo, inclusive, que as crianças com deformidade fossem levadas a paradeiro secreto e os que tivessem corpo com má-formação deveriam morrer, por não serem úteis para eles, nem para o Estado. No Império Romano também havia esta previsão, assim como na Idade Média e, ainda, na Idade Moderna.

Em Esparta, os recém-nascidos frágeis ou deficientes eram lançados do alto Taigeto (abismo de mais de 2400 metros de profundidade). As primeiras leis escritas em Esparta e Atenas, por tratar-se de povos belicistas, que necessitavam de pessoas sadias para participar das guerras, determinavam que as crianças malformadas fossem eliminadas e que todas as pessoas "inúteis" fossem mortas quando a cidade estivesse sitiada, salvo se a deficiência fosse consequência de participação nas guerras. Nesse caso, essas pessoas eram protegidas, suas famílias eram sustentadas, desfrutando de inúmeras vantagens, como forma de gratidão. Era comum, na Grécia antiga, que as crianças portadoras de deficiências fossem, também, abandonadas nas florestas.

Ainda em Esparta, o número de escravos era tão grande que a lei permitia aos soldados em formação matarem os escravos nas ruas. Além de ser uma forma de treinamento

Digitalizado com CamScanner

do futuro soldado, controlava o excesso de escravos na cidade, o que era um fator de risco de revoltas. Na Grécia Antiga, para uma pessoa tornar-se escrava, o mais comum era pela captura em guerras. Várias cidades gregas transformavam o prisioneiro em escravo. Estes eram vendidos como mercadorias para famílias ou produtores rurais. Em algumas cidades-estado gregas havia a escravidão por dívidas, ou seja, uma pessoa devedora de um valor para outra e, não podendo pagar, transformava-se em escrava do credor por um determinado tempo. Em Atenas, este tipo de escravidão foi extinto somente no século VI a.C, após as reformas sociais promovidas por Sólon.

Sólon, no século VI a.C., com seu Código de Leis, tornou a condição feminina pior. Sendo homossexual, considerava a mulher uma fonte de discórdia entre os homens, e, querendo solucionar o problema, decretou o isolamento feminino dentro do domínio privado. Teriam de servir ao Estado, produzindo uma descendência masculina, pois eram casadas com um cidadão. A descendência masculina era para que lhe perpetuasse a linhagem patricêntrica e patriarcal.

Na Antiguidade, a mão de obra escrava constituía a base da economia para os gregos, donde os trabalhos manuais, e os pesados, principalmente, serem rejeitados pelos cidadãos do país. Platão demonstrou esta visão: "É próprio de um homem bem-nascido desprezar o trabalho". Logo, os cidadãos gregos valorizavam apenas as atividades intelectuais, artísticas e políticas. Os trabalhos nos campos, nas minas de minérios, nas olarias e na construção civil eram executados por escravos.

O trabalho escravo também era muito utilizado no meio doméstico. Eles faziam os serviços de limpeza, preparavam a alimentação e até cuidavam dos filhos de seu proprietário. Estes escravos que atuavam dentro do lar possuíam uma condição de vida bem melhor do que a de outros escravos que executavam outras atividades.

Ainda na Grécia antiga, pela Constituição de Atenas — compilada por Aristóteles — ao disciplinar ser "mais fácil ensinar um aleijado a desempenhar uma tarefa útil do que sustentá-lo como indigente", possivelmente tenha nascido a matriz de uma legislação protecionista dos idosos, acompanhando a que deu proteção aos deficientes. O mesmo ocorria na Roma Imperial, que protegia e sustentava seus deficientes, possivelmente por influência ateniense.

Esses povos discutiam se lhes deveriam dar assistência ou a reabilitação profissional, observando-se assim, pela primeira vez, uma preocupação com a integração social das pessoas portadoras de deficiências.

E foi com base nesta ideia de Aristóteles que a Inglaterra editou a "Lei dos Pobres", diante da necessidade de o Estado proteger os deficientes, pois, com o enfraquecimento do Regime Feudal e o rompimento das relações do rei Henrique VIII com o Vaticano, os sistemas de abrigo e tratamento de inválidos mantidos pela Igreja Católica começaram a se desestruturar. Após o Renascimento, as questões sociais passam a ser analisadas sob uma ótica mais humanitária, especialmente com relação aos deficientes físicos,

perdendo força a visão assistencialista e crescendo a postura profissionalizante e integrativa dessas pessoas. Por ter aumentado o número de mutilados, a Revolução Industrial deu impulso à criação da Seguridade Social, com atividades assistenciais, previdenciárias, de atendimento à saúde e de reabilitação dos acidentados e dos idosos.

Na Grécia antiga, o trabalho foi tratado sob dois pontos de vista, aliás, solidários: a depreciação do trabalho e as limitações do pensamento técnico.

Havia aqueles que trabalhavam para o público, e não somente para a sua família, os denominados demiurgos, ou mesterais. O termo aplica-se a quem quer que coloque a sua atividade ao serviço do público — *demos* — e até, em certos países, aos magistrados. Certos trabalhos eram excluídos dos demiurgos, como a produção do vestuário, o cortar madeira, a preparação de alimentos, incluindo a moagem e a panificação.

Muito abaixo dos demiurgos, formava-se uma humilde classe de trabalhadores. Eram os tetas, homens livres que se alugavam como assalariados. Na maioria das vezes eram pobres diabos que entravam no serviço de outrem por não possuírem uma terra nem exercerem um trabalho qualificado. Indiferente a origem do compromisso, mas os efeitos por eles criados eram idênticos: o patrão e o teta ligavam-se por verdadeiro contrato de aluguel de trabalho. Muitas vezes a causa deste contrato podia ser um delito. Em um tempo em que a propriedade não era ainda pessoal, o ofensor não podia, muitas vezes, indenizar o ofendido senão por certa soma de trabalho. Eram livres, mas tinham de lutar pela sobrevivência. Como não tinham lar, não eram contados como cidadãos, portanto, não eram detentores de nenhum direito. O estrangeiro, principalmente, encontrava-se desprovido de qualquer recurso contra ofensas mais graves e sujeitos aos tratamentos mais cruéis, uma vez que não possuíam o seu valor de homem.

Na Grécia arcaica, que foi o período do oitavo ao sexto século a.C., anterior ao regime da cidade, Hesíodo (2006), em seu poema "Os Trabalhos e os Dias" — "Εργα και Ημεραι" —, no século VII, mostra-nos o primeiro hino ao trabalho. A terra para Hesíodo é a terra do labor. A mesma palavra "εργα" significa, em grego, o campo e o trabalho. A vida no campo descrita por ele supõe um regime de pequena propriedade, explorada diretamente por um camponês voltado para a terra. Há o αεργος, "aquele que não trabalha, ocioso". (DESCAT, 1999. p. 9-22)

Mesmo na época clássica — do sexto ao quarto século a.C. —, a economia grega foi essencialmente agrícola. A regra era a pequena propriedade camponesa, exceto as cidades dóricas de tipo guerreiro. Sabe-se que à época da queda dos Trinta, em Atenas, dos vinte mil cidadãos apenas cinco mil não eram proprietários rurais. Até o final do século V, mesmo na Ática, o l'οικοʃ, propriedade familiar, continuava inalienável. O termo em Homero e Hesíodo não qualificou originalmente o artesão enquanto tal como "operário" ou "produtor": definia todas as atividades que se exerciam fora do contexto da l'οικος, em favor de um público, δημος: os artesãos, carpinteiros e ferreiros — os αεδος, mas igualmente os adivinhos e os arautos, que nada produziam, e, talvez, até os mendigos.

Digitalizado com CamScanner

Em oposição ao trabalho do artesão, a agricultura associou-se à atividade guerreira para definir o campo de ocupações viris, de trabalhos εργα, onde não se temia o cansaço ou o esforço, o πονος.

Xenofonte afirmou que, desde o início, a divindade adaptou a natureza da mulher aos trabalhos e cuidados do interior, a do homem aos do exterior.

Dentre as exclusões, a cidade grega em seu modelo clássico definia-se por uma dupla recusa: recusa da mulher, a cidade grega era um "clube de homens", recusa do escravo, ela era um "clube de cidadãos"; ou até uma tripla recusa, o estrangeiro também era rejeitado.

Diz Aristóteles ao falar, em um texto, principalmente sobre Esparta, cidade onde as mulheres constituíam a metade da população, que os legisladores deveriam preocupar-se com elas, e comparou os perigos da negligência (*anesis*) com relação às mulheres e com relação aos Hilotas. Nos dois casos, o perigo era político no sentido direto e imediato da palavra: a indulgência para com os hilotas levou os últimos à revolta e à reivindicação de igualdade; quanto às mulheres, se elas governavam os governantes, acabavam por aí governando até a cidade.

As núpcias de um escravo com uma mulher livre estavam previstas na lei de Gortina. Se um escravo (dolos, δολος — designa o aspecto jurídico e ωοικευς o aspecto social do mesmo personagem) vai à casa de uma mulher livre e a desposa, seus filhos serão livres, mas se a mulher vai à casa do escravo e o desposa, seus filhos serão escravos.

Após o século XII a.C. a base social da Grécia passou a ser os *genos*, ou seja, a reunião em um mesmo lar de todos os descendentes de um único antepassado, em geral, um herói ou semideus. Muitas vezes constituído por centenas de pessoas, os *genos* eram comandados por um único chefe. O poder era transmitido do pai para o filho mais velho. O trabalho era coletivo, e todas as tarefas eram valorizadas e nenhuma delas considerada humilhante. Apesar de uma distribuição igualitária dos bens produzidos, a organização social dos *genos* perpetuava certa diferenciação, que era determinada pelo grau de parentesco com o chefe dos *genos*: quanto mais distante o grau de parentesco, menor a importância social.

Na Grécia, como em Roma, todas as tarefas cotidianas eram confiadas aos esforços dos escravos ou dos metecos. Aos estrangeiros livres, residentes nas cidades, com poucas limitações políticas e a detentores da possibilidade (fundamental na sociedade helênica do século quarto a.C., até a tomada da Grécia pelos romanos) de fruir do ensino e dos espetáculos era dado o nome de metecos.

Péricles, apesar de ter governado Atenas por apenas 32 anos (de 461 a 429 a.C.), acabou dando seu nome a todo o século V, no período de seu governo, eram quase monopólio dos metecos residentes em Atenas a indústria têxtil, a preparação do couro e das peles, a fabricação da cerâmica, a metalurgia, os bancos e o comércio, muitas artes liberais — do médico ao artista e orador. Eram metecos o médico Hipócrates, o historiador Heródoto, o orador Lísias, os pintores Zêuxis, Polignoto e Parrásio.

No primeiro livro da Política, Aristóteles afirmou que:

> Há na espécie humana indivíduos inferiores aos outros, assim como o corpo o é em relação à alma ou o animal em relação ao homem; são os homens, dos quais a coisa melhor a extrair é o uso das forças corporais. Tais indivíduos são destinados pela própria natureza à escravidão, porque para eles não há nada melhor do que obedecer. (DE MASI, 2003. p. 80)

Os escravos, fora da cidade, eram empregados no trabalho do campo, na exploração das minas — nas minas de prata de Laurio, no sul da Ática, trabalhavam entre 10 mil a 20 mil escravos. Nas manufaturas, onde na fábrica de armas do pai de Lísias empregavam 120 deles. E, também, nas atividades portuárias, conforme informações de Domenico De Masi (2003. p. 80).

A maior concentração de "gado humano", os escravos, garantia grande parte do serviço doméstico e muitos serviços públicos. Não possuir nenhum escravo era sinal de extrema indigência. Uma casa podia possuir até mil escravos. Um ateniense médio tinha uma dezena deles.

Nos séculos de ouro, na Grécia, apenas uma parcela mínima era composta de cidadãos com plenos direitos, podendo dedicar-se à política, à filosofia, à ginástica e à poesia, vivendo à custa da maioria, ou seja, dos escravos, mulheres e metecos, a quem cabiam todas as atividades de ordem material e de serviços.

Creta foi uma civilização bastante avançada, não tendo sido plenamente agrária. Foi uma civilização que durou de três mil e seiscentos anos a.C., e desapareceu instantaneamente em consequência de uma imensa erupção vulcânica. Nela foram encontrados pinturas e afrescos mostrando mulheres dirigindo navios, comerciando, plantando, mulheres sacerdotisas, etc.

Marcado por grandes lutas internas entre senhores de terra transcorreu o período arcaico. Neste período a esfera doméstica já era totalmente separada de esfera pública. Usavam-se as mulheres para solidificar alianças entre as famílias mais poderosas. Era comum também, neste período, o infanticídio, mormente o de meninas, em razão das grandes pressões populacionais. Somente as mulheres pobres e as escravas podiam sair às ruas fora dos ritos sagrados e dos funerais. As demais mulheres só podiam sair às ruas em tais ocasiões, ou seja, só podiam participar de rituais sagrados e funerais. Nas casas dos poderosos havia o gineceu, ou seja, recinto reservado às mulheres, e, também, havia outro recinto reservado aos homens.

As mulheres eram analfabetas e isoladas, na Atenas clássica, havendo uma exceção; as hetairas. Dotadas de alta sofisticação, a quem era dada educação. Eram mulheres não estereotipadas da sociedade grega. Eram capazes de conversar no mesmo nível dos homens e prover companhia de alta classe aos seus amigos. Muitas até eram prostitutas de elevado nível. Embora os homens apreciassem sua companhia, elas eram a prova viva de que não eram seres tão degradados e ignorantes.

Digitalizado com CamScanner

Em Esparta, era diferente. Meninas e meninos eram educados juntos em atividades guerreiras. Embora não possuíssem os mesmos direitos que os homens, detinham maior autonomia, pois, sendo a sociedade espartana militarista, os homens tinham de afastar-se da cidade por longo tempo.

Somente no período helenístico, as relações entre os dois gêneros vão se tornando mais próximas. Pouco a pouco, as mulheres deste período vão conseguindo acesso ao domínio público.

Lutava a plebe romana por seus direitos reclamando uma lei aplicável a todos, menos sujeita à incerteza que caracterizava o costume.

No século 462 a.C., mediante proposta do Tribuno Tarentilio Arsa, uma comissão foi encarregada de redigir uma lei. Esta lei seria a Lei das XII tábuas, ou *"Lex duodeci tabularum"*. Eram dez tábuas gravadas sobre o bronze ou carvalho e expostas no *"comitium"*, lugar do fórum reservado à justiça. No ano seguinte, mais duas tábuas foram acrescentadas às primeiras, dando um total de 12 Tábuas. Ficaram expostas no fórum, à vista de todos, até que um incêndio, em 390 a.C., durante a guerra com os Gauleses, as destruiu por completo. Grande parte dela pode ser reconstruída pelos fragmentos e pelas obras dos autores latinos, principalmente por citações de Cícero e de Aulo Gélio, e por comentários, escritos designadamente por Labeo e por Gaio, recolhidos no *Digesto*.

Ela surgiu para legitimar o poder do povo romano, enfraquecendo o domínio dos nobres. Legislava sobre dívidas, pátrio poder, propriedade e posse, delitos e penas. Embora a XI Tábua ainda proibisse casamentos entre patrícios e plebeus, numa tentativa de perpetuação de privilégios de classe, o conjunto de leis foi aclamado pelo povo romano como a mais legítima de suas conquistas, porque todo o povo romano, construindo, então, a futura grandeza de Roma, aspirava ao patriarcado.

No conjunto, a Lei das XII Tábuas revela um estádio da evolução do direito público e privado comparável ao que é conhecido em Atenas pelas leis de Dracon e de Sólon.

A solidariedade familiar foi abolida, mas a autoridade quase ilimitada do chefe de família foi mantida. A igualdade jurídica foi reconhecida, teoricamente. Proibiram-se as guerras privadas e foi instituído um processo penal. A terra, mesmo a das gentes, tornou-se alienável, e foi reconhecido o direito de testar. O Direito romano conheceu contratos puramente consensuais, pelo menos desde a época da Lei das XII Tábuas.

Na Tábua IV, que trata do pátrio poder, a Lei das XII Tábuas autorizava os patriarcas a matar seus filhos defeituosos, conforme expressa:

> I – E permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos. (2002. p. 126)

Sob a influência dos ideais estoicos, várias e significativas modificações foram introduzidas, pelos imperadores, na legislação romana, "abrandando o rigor e o elitismo das antigas normas vigentes à época", conforme nos informa Lewandowski (2005. p.171).

Augusto, por exemplo, concedeu às viúvas a tutela dos filhos, outorgando assim capacidade jurídica às mulheres; Nero baixou normas que protegiam os escravos contra a desumanidade de seus senhores; Antonino Pio concedeu-lhes o direito de buscar refúgio nos altares dos deuses; Marco Aurélio interditou as lutas de gladiadores.

O Estado tinha políticas contraditórias, com relação aos deficientes, e as leis penais que vigoraram, desde a Lei de Talião, passando pelo Código de Manu, Lei das XII Tábuas e atravessando a Idade Média, eram altamente discriminatórias e violentas. A base de toda essa legislação era calcada em imposição das penas físicas, por exemplo: corte de mãos do indivíduo considerado como ladrão, corte da língua do filho que injuriou, ou renegou o pai etc.

No princípio da República romana, havia uns 40 mil escravos, ou seja, um oitavo da população. Depois da segunda Guerra Púnica, contra Cartago, no século III a.C., o número de escravos excedeu em muito ao dos homens livres, passando a representar aproximadamente 20 milhões de homens livres e 135 milhões de escravos.

Os romanos ricos possuíam enorme quantidade de escravos: 10 mil a 20 mil, em alguns casos. Um senador possuía, normalmente, a seu serviço, mil escravos; um imperador 20 mil. Um liberto do tempo dos Flávios sustentava 4.116 escravos, e Plínio, que não era rico, contava 500 dos quais libertou a quinta parte.

As causas de escravidão em Roma eram decorrentes do Direito das Gentes e do Direito Civil. Pelo Direito das Gentes era escravo pelo nascimento, pois o filho seguia a condição da mãe escrava, que dava à luz filhos escravos. E, pela qualidade, o vencido caía ao arbítrio do vencedor.

Em relação ao Direito Civil, quando a pessoa era surpreendida em flagrante delito de roubo, se tornava escrava. O devedor condenado a pagar, se não cumpria no prazo assinalado, passava a escravo do credor. Sérvio Túlio castigava com a escravidão aos que não se submetiam ao regime militar e não se inscrevessem ao censo. O condenado a lutar no circo, o servo da pena, era escravo do circo. A mulher ingênua que convivia com um escravo, apesar de três admoestações do dono deste, se tornava escrava. O condenado às minas era também servo da pena. O maior de 20 anos que, conhecedor de sua liberdade, se fazia vender, de acordo com o suposto vendedor, como escravo, para enganar um comprador de boa-fé que entregava o preço (pois o falso escravo reivindicava em seguida sua liberdade, e repartia o preço com o falso vendedor), também se tornava escravo, quando se descobria a fraude. O liberto, o manumitido ingrato com seu patrão voltava a ser escravo, se a ingratidão havia sido grave e se suficientemente provada.

A duração da jornada era diferente para os escravos. Costumava estender-se de "sol a sol", numa média aproximada de 13 a 15 horas (conforme inverno ou verão), com algumas variações à luz de práticas e costumes das diversas regiões do Império. Subindo o *status* do prestador de serviço, a jornada diminuía: o liberto, em regra, trabalhava oito horas, e o homem livre, tido como intelectual, não ultrapassava mais de seis horas diárias.

Digitalizado com CamScanner

4. A Idade Média: complexidade e fascínio

A Idade Média estendeu-se do século V ao século XV, e foi um dos mais complexos e fascinantes períodos da história.

Sua economia dividiu-se em dois períodos. O período do feudo ou senhorial, que compreendeu o século V ao século XI, e o da cidade ou da economia urbana, indo do século XI ao século XV. O feudalismo era uma organização econômica, política, social e cultural baseada na posse da terra — começou a se formar no século V, na Europa ocidental, com a crise do Império Romano. Teve seu início quando as populações urbanas foram obrigadas a se isolar no campo.

Neste primeiro período, preponderou o sistema econômico da grande propriedade territorial em que as terras do senhor ou suserano, da Igreja e do mosteiro, eram cultivadas por escravos, por servos e por lavradores ou rendeiros, estes mediante um tributo em moedas, em gêneros ou em serviços.

Do final do século IX e decorrer do X, as condições materiais de existência eram muito difíceis. Sendo a população escassa e pobre, a produção era insuficiente para suprir as necessidades básicas. Sobreviver era tarefa primordial que se impunha a todos, enquanto normandos, magiares e sarracenos se espalhavam sobre a Europa em ondas sucessivas e intermináveis.

O princípio básico do sistema feudal foi a obrigação servil, que tinha como características a produção autossuficiente. Os senhores feudais monopolizavam o poder político local, por isso, era descentralizado em relação ao rei. Os senhores feudais eram donos da terra e exerciam grande controle sobre as pessoas que trabalhavam em sua propriedade, ou seja, sobre os servos. A sociedade era estamental, onde cada indivíduo estava preso a seu *status*. As relações entre os servos e os senhores eram determinadas por obrigações recíprocas. Os servos trabalhavam nos domínios do senhor, pagando com produtos a utilização da terra e a proteção militar que dele recebiam. Tal tipo de sociedade — estamental — é aquela em que a posição do indivíduo era determinada principalmente pelo nascimento e pelo prestígio. A possibilidade de mobilidade social era praticamente inexistente. Como consequência deste fato, surgiriam amarras para toda a vida do indivíduo.

Nos mosteiros, a mão de obra monástica era constituída por quatro tipos diversos de trabalhadores, que eram divididos em: a) escravos, servos, doados e oblatos; b) conversos; c) censitários e arrendatários; d) simples salariados.

De acordo com as regras monásticas, mesmo sendo todos iguais, monges e conversos, uns e outros obrigados ao trabalho manual, este, entretanto, ordinariamente ou de preferência, era executado pelos conversos, sujeitos a um regulamento — o *usus conversorum* — com prescrições que precederam, de séculos, às dos regulamentos da fábrica moderna.

Entretanto, merece destaque o fato de que, no período de formação do Estado moderno, na Idade Média, o leproso, assim que descoberto, era expulso do espaço comum, do grupo social.

A prática da exclusão provocava reflexos jurídicos que atingiam o direito à cidadania e à propriedade, pois o leproso, ao ser expulso, não podia dispor de seu patrimônio e perdia os direitos civis.

Na Idade Média, a medicina era de exclusão, para purificação. Eles eram expulsos para não contaminarem o feudo.

Havia, por conseguinte, uma mistura de proteção e de segregação; de impiedade e de banimento, que será encontrado séculos mais tarde(1).

O trabalho da mulher da Idade Média era realizado no próprio lar ou em pequenas unidades de produção, de cunho geralmente artesanal. A mulher não chegava a mestre, permanecendo a vida inteira como aprendiz, espoliada, quer na oficina da corporação, pelos mestres, quer no ateliê dos conventos, pelos abades, quer no lar pelo marido, no dizer de Segadas Vianna. (1991. p. 854)

Ao nascer, a menina é menos desejada. Preferem-se meninos. Ensina Michelle Perrot (2007. p. 42) que o mundo sonoro também é sexuado. Antigamente, os sinos soavam por menos tempo para o batismo de uma menina, como também soavam menos para o enterro de uma mulher.

A taxa de mortalidade das mulheres era muito grande, muito superior à dos homens na Idade Média e na Época Moderna, por conta da alta mortalidade nos partos. No século XIX, a tuberculose atingiu gravemente as mulheres, principalmente as mulheres do povo, subnutridas crônicas.

O infanticídio das meninas, também nos informa Michelle Perrot (2007. p. 42), é muito antigo, praticado maciçamente nos dias atuais, na Índia e principalmente na China, por causa da limitação a um único filho: as filhas são eliminadas — atualmente mais por meio do aborto — até que venha um filho.

A grande preocupação no Concílio de Mâcon, no ano de 581, era se "a mulher deve ser colocada entre os seres racionais ou entre os seres rudes, se (ela) tem alma e se faz realmente parte de humanidade". (DALL'AVA-SANTUCCI, 2005. p. 39)

A mulher era obrigada a casar-se sem que sua opinião fosse levada em conta, permanecendo sob o jugo do esposo, a quem o direito canônico conferia o direito de espancá-la.

Os processos da Inquisição elegeram as mulheres a imagem impiedosa de embaixatriz do diabo, sendo considerada o principal obstáculo à salvação, levando os homens a refugiarem-se na vida monacal para fugir da mulher e de suas artimanhas.

(1) Apenas no governo Obama, os Estados Unidos ensaiam a revogação da Lei que proíbe a entrada de aidéticos no território daquele país.

Digitalizado com CamScanner

No século XII, a medicina monástica e retrógrada cedeu a vez às universidades, as mulheres foram excluídas.

A medicina escolástica foi substituída pela medicina monástica, exclusivamente religiosa e restrita, por volta de 1100. Uma decisão de concílio proibiu os monges de exercer a medicina, em 1130, proibição que quase não foi levada em conta no meio rural. O motivo da proibição foi porque vários monges, na verdade, começaram a relaxar no sacerdócio para ganhar dinheiro graças à prática da medicina. Temendo ver os monges sacrificar suas obrigações conventuais pela carreira médica, o concílio proibiu àqueles clérigos o acesso às universidades. Somente os clérigos que já fizeram a tonsura, mas não ainda os votos definitivos, poderiam ser admitidos às universidades. (DALL'AVA-SANTUCCI, 2005. p. 46)

A universidade surgiu na Idade Média, e era uma corporação especial. (DALL'AVA-SANTUCCI. p. 46)

No século XIII, a Faculdade de Paris proibiu o exercício da medicina aos judeus e às mulheres judias.

As médicas eram ameaçadas de excomunhão, a mais terrível das condenações, ainda por volta de 1312.

Por razões variadas, muitos ofícios eram condenados ou desprezados na alta Idade Média. Jacques Le Goff (2007. p. 59) enumera as profissões que sob os mais variados matizes eram consideradas proibidas, quer por motivos jurídicos quer práticos, a pretexto de "negócio ilícito" — ou, então, ocupações simplesmente desonestas proibidas ou vis — "*inhonesta mercimonia*", "artes indecorosas". Muitos destes ofícios eram proibidos primeiramente aos clérigos, mas alguns deles o eram também aos leigos. Eram os ofícios de taverneiros, açougueiros, jograis, histriões[2]. Mágicos, alquimistas, médicos, cirurgiões, soldados, rufiões, prostitutas, tabeliães, e, principalmente os mercadores, também estavam excluídos. *Idem* os pisoeiros — também conhecidos por pisoadores —, que eram aqueles trabalhadores que movimentavam uma máquina rústica em que se batia o pano, para dar-lhe maior consistência. Tal máquina era denominada "pisão". Somados aos tecelões, correeiros, tintureiros — ou trabalhadores que lidavam com as tinturas vegetais na função de tingir os tecidos — confeiteiros, sapateiros, jardineiros, pintores, pescadores, barbeiros, magistrados municipais, guardas campestres, funcionários de alfândega, cambistas, alfaiates, perfumistas, tripeiros, moleiros, entre tantas outras profissões.

Fortaleciam o preconceito os antigos tabus das sociedades primitivas. Contra os açougueiros, carrascos, cirurgiões, boticários, médicos e soldados, era o tabu do sangue. Aos guerreiros havia a forte oposição dos clérigos. Os pisoeiros, os tintureiros,

(2) Histriões, "no antigo teatro romano, eram os mimos, jograis ou comediantes etruscos que representavam as fábulas ou farsas do período do antigo teatro romano, ou então, comediante, cômico, bufão, palhaço, bobo, indivíduo ridículo, vil, abjeto", segundo Aurélio Buarque de Holanda em seu *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*.

os cozinheiros, os lavadores de roupa e, para Santo Tomás de Aquino, os lavadores de louça, sofriam com o tabu da sujeira, da impureza. Mercenários, cavaleiros campeadores, prostitutas, além dos comerciantes, dentre os quais os cambistas e os usurários, eram excluídos pelo tabu do dinheiro.

Trabalhadores que ganhavam salários miseráveis eram discriminados, pois acreditava-se que forneciam abundantes contingentes à prostituição, que seriam aqueles que trabalhavam com tecidos. Os comerciantes e os homens da justiça tinham contra si, discriminando-os, o pecado da avareza. O cozinheiro era excluído pela gula. O orgulho excluía o cavaleiro. A preguiça excluía o mendigo.

Como se verifica, a discriminação ceifava praticamente toda a sociedade, e a pena convergia para a exclusão.

A usura foi tratada na mais antiga *Suma de confessores*, redigida por Thomas de Chobhan, antes de 1215, e colocada em circulação em 1216, sob a autoridade única do Novo Testamento e do direito canônico:

> E o Senhor diz no Evangelho: "Empreste sem esperar compensação alguma" (Lucas 6, 35). E o cânon diz: "Há usura quando se reclama mais do que se dá" (Decreto de Graciano, c. 4, CXIV, q. 3, citando o capitular de Nimega de 806), seja do que se for que se trata, e mesmo que não se receba, pois basta apenas a esperança de receber (Decreto, c. 12, Comp. I, v. 15, citado pela decretal *Consuluit*). (LE GOFF, 2007. p. 32)

Um texto falsamente atribuído a São João Crisóstomo, possivelmente do século V, foi inserido na segunda metade do século XII no Código de Direito Canônico, informa Le Goff. Ele dizia:

> De todos os comerciantes, o pior, o maldito, é o usurário, porque vende uma coisa dada por Deus, não adquirida pelos homens [o oposto do comerciante] e, praticada a usura a coisa volta para ele, com o bem de outrem, atitude que absolutamente não é a de um comerciante. Objetar-se-á: aquele que aluga um campo para receber arrendamento, ou uma casa para receber um aluguel não está agindo como quem empresta seu dinheiro a juros? Certamente não. Primeiro, porque a única função do dinheiro é o pagamento de uma quantia estipulada para compra; depois, o arrendatário retira frutos da terra, o locatário dispõe da casa. Nesses dois casos, o proprietário como que cede o uso do bem em questão para receber dinheiro e, de certa maneira, trocar ganho por ganho, tanto que não se pode fazer nenhum uso do dinheiro adiantado; por fim, o uso esgota pouco a pouco o campo, degrada a casa, enquanto o dinheiro emprestado nem diminui nem envelhece. (2007. p. 34)

O dinheiro é infecundo. Disse Santo Tomás de Aquino: "*Nummus non parit nummos*" (LE GOFF, 2007. p. 35) ou, "o dinheiro não se reproduz". Porém, os teólogos da Idade Média não negavam toda produtividade ao dinheiro, mas, no caso do empréstimo a juros, do *mutuum*, fazer nascer dinheiro de dinheiro.

Digitalizado com CamScanner

Ainda Tomás de Aquino: "A moeda (...) basicamente foi inventada para as trocas; assim, seu uso próprio e principal é ser consumida, ser utilizada nas trocas. Consequentemente, é injusto em si receber um pagamento pelo uso do dinheiro emprestado; é nisso que consiste a usura." (LE GOFF, 2007. p. 35)

E São Boaventura: "O dinheiro em si e por si mesmo não frutifica, mas ainda assim com ele se colhem frutos."

O grande escândalo ocorrido no século XIII foi a constatação de teólogos e canonistas de que o dinheiro usurário de fato "trabalha".

Em manuscrito do século XIII, denominado *Tabula exemplorum*, da Biblioteca Nacional de Paris, encontramos: "Todo homem suspende seu trabalho nos dias santos, mas os bois usurários (*boves usurarii*) trabalham sem parar e assim ofendem a Deus e a todos os santos. E a usura, como peca sem parar, sem parar também deve ser punida." (LE GOFF, 2007. p. 36)

O papa São Leão I, o Grande, em meados do século V, enuncia a fórmula que ecoará em toda a Idade Média: "*Fenus pecuniae, funus est animae*".(3)

E, sendo a usura a morte, ela vai conduzir a outro destino, que é o inferno. (LE GOFF, 2007. p. 38)

5. Gotas do trabalho humano ante e pós-Revolução Francesa

França e Revolução Francesa. País das luzes; época de ouro e de homens iluminados.

Por mais paradoxal que possa parecer, naquela época emoldurada de tanto *glamour* monárquico, a miséria do povo francês era enorme. Sugado impiedosamente pelos reis franceses e explorado milenarmente por uma aristocracia que, com guerras desastrosas e empréstimos ao estrangeiro para bancar o luxo faraônico, endividara o país em metade de seu produto bruto, trazendo a miséria.

A França do século XVI era formada por poucos privilegiados (nobreza e clero), pelos burgueses (que não constituíam uma classe uniforme) e pelos trabalhadores. Os camponeses constituíam a grande massa da população. No topo, a Ordem eclesiástica, o clero, portanto, de direito os Ministros de Deus conservavam a primeira posição de honra. Em seguida, vinha a nobreza. Por fim, figurava o resto do povo.

A sociedade francesa era assentada na noção de *ordens*. As principais ordens tinham uma hierarquia descendente, subdividindo-se em: nobreza, de cima para baixo, formada pelos príncipes reais, príncipes parentes mais afastados do soberano, alta nobreza dos cavaleiros distinguidos entre eles pelos seus feudos, e, por ordem decrescente de dignidade, que era representada por duque, marquês, conde, barão, castelão, finalizando pela nobreza simples dos fidalgos de raça fazendo profissão de armas.

(3) Tradução: O lucro usurário do dinheiro é a morte da alma.

Havia dois principais escalões na nobreza: a grande aristocracia e a pequena nobreza. A primeira era composta de um número restrito de grandes senhores possuidores de grandes propriedades de terra servidos por uma multidão de domésticos, que dispunham, às vezes, de forças militares e que desempenhavam um papel mais ou menos oficial no Estado. A descrição de pequena nobreza era uma tarefa não tão fácil, já que vasto o vocabulário: *chevalier, caballero, knight, écuyer, esquire, escudero,* etc.

É interessante notar que, entre os burgueses ricos, os que mais se elevavam na carreira das honras, na França, eram os grandes banqueiros, e não os grandes comerciantes.

Em 1789, a população girava em torno de 27 ou 28 milhões de habitantes, dos quais 22 milhões, pelo menos, viviam no meio rural, sobrevivendo da agricultura.

A liberdade de plantio consagrou o triunfo do individualismo agrário, ainda que o Código Rural de 27 de setembro de 1791 tenha mantido, não sem contradição, o terreno de pastagem livre e o direito de percurso, se baseados em título ou em costume.

Antes da Revolução de 1789, sob o "direito Antigo", as relações de trabalho tinham um duplo enquadramento. Oficialmente, as corporações reagrupavam todos aqueles que exerciam uma atividade em determinado setor. Era necessário ser membro da corporação para trabalhar (monopólio), e respeitar suas regras (poder regulamentador). À sombra das corporações, desenvolveram-se as associações de operários. Às vezes, secretamente e em abundância de ritos, era instituído um verdadeiro monopólio de engajamento de operários. Do mesmo modo, o esboço de relações coletivas entre operários e mestres era acompanhado por ações (coligações).

A Revolução de 1789 rompeu com a antiga ordem; a ruptura foi profunda.

Com a Lei de 2 de março de 1791 (*d'Allarde*), a liberdade do trabalho, no comércio e na indústria foi proclamada e, a partir de então, a "faculdade de trabalhar" tornou-se um dos primeiros direitos do homem, "a primeira propriedade, a mais sagrada, a mais imprescritível". As corporações, jurandas e mestrados e manufaturas privilegiadas foram eliminados da carta de princípios gerais do direito. Erigiu-se a primazia do individual e o reinado do liberalismo econômico. O indivíduo estava livre para criar, para produzir, para obter o lucro, desfrutando dele como quisesse. A partir desta lei, a liberdade de empresa foi quase total, se bem que o Estado manteve a possibilidade de intervenção. Muitas vezes, estas intervenções tratavam de proteger os consumidores contra fraudes, a população contra os perigos de estabelecimentos insalubres ou incômodos, o público contra especulações imprudentes e desonestas, principalmente pelo viés do controle das sociedades anônimas, antes da liberdade concedida pela lei de 1867. Aos poucos, elaborou-se uma legislação social destinada a limitar os abusos de que os trabalhadores podiam ser vítimas. Às vezes o Estado intervinha para proteger o empresário: regulamentação em matéria de marcas e de processos industriais, complacência em relação aos organismos patronais antes mesmo que as coalizões e os sindicatos tivessem uma existência legal, legislação aduaneira.

Digitalizado com CamScanner

O individualismo jurídico foi enunciado com precisão pela lei *Le Chapelier* de 14-17 de junho de 1791: "a extinção de todas as espécies de corporações indivíduos de carreira ou profissão semelhantes" (art. 1º), a negação de um interesse profissional entre cidadãos de uma mesma profissão (art. 2º). A situação é bem diferente no Reino Unido onde o liberalismo implica um *laisser-faire* (não se importar com o que se faz ou se diz) coletivo.

Sanções penais, logo reforçadas pelo Código penal, foram aplicadas a todos aqueles que queriam agir de maneira coletiva, e mais fortemente aos operários do que aos patrões.

Mas, o Estado liberal do século XIX pode ser considerado como a emanação de uma civilização que deixava um amplo lugar ao individualismo. Não era um Estado a serviço de uma classe.

A igualdade dos franceses perante a lei, estabelecida em princípio pelo Código Civil, se realizou progressivamente, com destaque para o princípio da autonomia da vontade.

Somente dois artigos foram destinados ao "contrato de locação de serviços". A revolução francesa suprimiu o sistema feudal: o art. 1780 determinou a proibição de engajamento por toda a vida. Mas nem por isso, a palavra do assalariado passa a ser considerada igual à do mestre, pois o art. 1.781 estatuiu que, em havendo contestação sobre o montante do salário, a palavra do mestre prevalecia. O art. 1.781 só foi revogado em 1868, ainda que sua previsão fosse a de que, em caso de litígio sobre os salários, o patrão era "acreditado sob palavra", enquanto o assalariado devia apresentar provas de suas alegações. Um dos principais redatores do Código, Treilhard, justificara esta disposição alegando que o patrão, por ser mais instruído, merecia mais confiança, estabelecendo uma discriminação muito grande entre patrões e empregados.

No que tange às mulheres, não se pode esquecer que elas tiveram papel decisivo na revolução. Elas tomaram a Bastilha. O ato que pôs fim à monarquia foi quando uma multidão enfurecida de mulheres esfomeadas avançou sobre Versalhes. Foram as mulheres que tomaram a iniciativa dos atos mais violentos, defendendo o pão de seus filhos.

Exigindo a igualdade entre os sexos, Olimpe de Gouges escreveu a "Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã" em 1791, fazendo um paralelo à "Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão", do início da revolução francesa. Neste documento foi reivindicada a igualdade das condições e do recrutamento de trabalho. No art. X (VERUCCI, 1999. p. 122), ousadamente, fez constar que "a mulher tem o direito de subir ao cadafalso", assim como o "direito de subir a tribuna". Ela não conseguiu que suas reivindicações fossem aceitas naquele momento. Quando foi apresentar sua Declaração à Assembleia, os deputados do povo responderam: "A Revolução francesa é uma revolução de homens. Não podemos conceder os Direitos da Mulher porque hoje foi o dia em que nasceram os direitos do homem..." Reflexo disto resultou que, dois anos depois de ter escrito esta Declaração, Olimpe de Gouges pôde exercer o seu direito de subir ao cadafalso... foi guilhotinada, como tantos outros revolucionários.

O acesso a certas profissões, principalmente as liberais, demorou décadas e mais décadas, de luta e de sacrifício.

Na França, em 1899 foi necessária uma lei para autorizar Jeanne Chauvin a advogar. Entre 1900 e 1917 formaram-se 18 advogadas. E, somente em 11 de abril de 1946, com a edição de lei, a magistratura foi aberta às mulheres na França. (PERROT, 2007. p. 126)

6. O Brasil liberto sem a superação de preconceitos

No Brasil liberto, mas ainda com muitos preconceitos, a feminista, escritora e comunista dos anos 1930, Pagu (GALVÃO, 2005), ou Patrícia Galvão, ou, ainda, Mara Lobo, descreveu a difícil vida das operárias de seu tempo, no romance Parque Industrial, denunciando as longas jornadas de trabalho, os baixos salários, os maus-tratos de patrões e, sobretudo, o contínuo assédio sexual.

Ela escreveu: "Na grande penitenciária social os teares se elevam e marcham esgoelando". (Pagu) (GALVÃO, 1933)

Nas primeiras décadas do século XX, grande parte do proletariado brasileiro ainda era constituído por mulheres e crianças.

Com o passar dos anos, as mulheres foram progressivamente expulsas e substituídas pela mão de obra masculina. Em 1872 as mulheres constituíam 76% da força de trabalho nas fábricas, e, em 1950, representavam apenas 23%.

Mesmo após a abolição da escravidão, pouca coisa mudou para as mulheres da raça negra. Elas continuaram trabalhando nos setores mais desqualificados, recebendo salários baixíssimos e em péssimas condições. Os documentos da época retratam as negras e mulatas, entre empregadas domésticas, lavadeiras, doceiras, vendedoras de rua e prostitutas. Dificilmente suas fotos eram estampadas nos jornais da época, como *Correio Paulistano* e *O Estado de S. Paulo*, ou *Jornal do Commercio* e *A Noite*, do Rio de Janeiro. Era comum as mulheres negras serem apresentadas como figuras extremamente rudes, bárbaras e promíscuas, destituídas de qualquer direito de cidadania. Elas tinham a missão de suprir o mercado de trabalho livre com mão de obra barata. As elites brasileiras, inspiradas pelas teorias eugenistas que se formularam na Europa e nos Estados Unidos, preocupavam-se profundamente com a formação do "novo trabalhador brasileiro", cidadão da pátria, disciplinado e produtivo, e, dedicavam muitas horas discutindo "o embranquecimento e o fortalecimento da raça". Muitos esforços foram feitos para que os imigrantes viessem predominantemente dos países europeus, e "não da Ásia, nem da África". (RAGO, 2008. p. 582-583)

Havia um grande número de mulheres indesejáveis, que eram militantes, e organizavam agitações populares, participavam de comícios, comentavam os acontecimentos nacionais e internacionais, organizavam grupos de estudos e de teatro. Redigiam artigos para os jornais *A Terra Livre, A Lanterna, A Plebe, A Voz do Trabalhador,* dentre outros jornais pertencentes à imprensa anarquista.

Digitalizado com CamScanner

Os documentos policiais e as circulares dos industriais contêm as assustadoras listas das "indesejáveis" e dos "jovens agitadores" que deveriam ser afastados não apenas da fábrica, mas de todo ramo industrial em que trabalhavam. Entre eles estava grande número de moças, responsáveis por atos de "ação direta" – sabotagem, boicote, quebra de equipamentos, roubos e greves, como defendiam os libertários.

Queiram VV. SS. Incluir na sua lista de indesejáveis os seguintes nomes de operários que foram despedidos, como agitadores, pela fábrica Luzitania:

Benedicta Cerqueira – Maçaroqueira

Italgina Cerqueira – Maçaroqueira

Augusta Maria Conceição – Maçaroqueira

e pelas Indústrias Reunidas F. Matarazzo – Fábrica Belenzinho:

América Mazzini Montorso – Urdideira

Ersilia Montorso – Tecelã

Anna Vial – Seção Bancos

João Montorso – Seção Estamparia

Maria Montorso – Seção Estamparia

A consulta a este centro sempre que as fábricas tiverem de receber novos operários é sempre recomendável, pois a operária Benedicta Cerqueira tem no nosso arquivo secreto a seguinte indicação: "Despedida pela fábrica Luzitânia por ter, em companhia de outros companheiros, feito paralisar os trabalhos da seção de fiação, em 16.12.1922." (RAGO, 2008. p. 600-601)

Eram pessoas simples, que não saíram do anonimato, mas que carregavam dentro de si a esperança de que um dia a sociedade reconhecesse que a riqueza, embora fonte de desigualdades, não muda a natureza da pessoa humana e que, por via de consequência, precisava-se da construção de uma nação com menos discriminados.

7. Uma conclusão sem muito avanço

Passaram-se os anos; o tempo mascarou certas conquistas sociais; outras maquiou; outras tantas imaginou e maquinou, embora profundas transformações e incontáveis avanços tenham ocorrido no mundo e nas civilizações, em geral, com benefícios significativos em todos os campos para a camada mais elevada da sociedade.

A dignidade da pessoa humana foi a grande inspiradora da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Serviu de tema central de muitas Constituições, e continua a ser inspiração para leis mundo afora.

A pessoa humana é digna de respeito pela sua própria condição humana e ponto final!

Muitos preconceitos foram superados lentamente com o passar do tempo. Outros tantos continuam a existir; alguns serão vencidos; outros se fortalecerão. Novas formas e fórmulas modernas de discriminação surgirão. Pode-se afirmar que já não se discriminam as pessoas pelas profissões, pelas roupas, pelos cortes de cabelos. Embora parte desta evolução possa ser creditada ao sucesso econômico, que passou a justificar quase tudo, a verdade é que as pessoas são respeitadas em suas escolhas profissionais e individuais, desde que não impliquem prática criminosa ou atos moralmente repudiados.

A dignidade é inerente a todo ser humano e retrocessos não devem ser admitidos. A respeito desse valor não pode haver concessão de nenhuma espécie. Trata-se de um direito fundamental, decorrente da própria vida, com reflexos difusos sobre o seio social, uma vez que envolve todas as civilizações, ao longo de toda a história da humanidade.

No entanto, a despeito de toda a luta, muitas desigualdades sobrevivem até os nossos dias.

A discriminação é uma realidade, que dói no osso e corrói a alma. Ela destrói a dignidade da pessoa humana, que se faz comparada a um objeto descartável.

Quem nasce pobre, é, via de regra, discriminado desde a concepção. Quem nasce na linha da pobreza ou abaixo dela, dificilmente, terá a mesma oportunidade que têm as pessoas da classe média e alta. A igualdade é uma aspiração dos dominados e os dominantes a depreciam, a ignoram ou a rejeitam, pouco fazendo para que haja mudança.

A igualdade entre homens e mulheres, entre brancos e negros, entre eruditos e analfabetos, entre ricos e pobres, está subjacente ao devir da humanidade, porém com poucas perspectivas de melhora para os dominados em curto prazo.

Ao revés de estreitar; o fosso de diferenças se alarga assustadoramente.

Os acontecimentos históricos muito contribuíram para a nossa realidade atual, na qual prevalece um contínuo e crescente conflito entre a exclusão e a inclusão, entre a subordinação e a liberdade; entre a riqueza e a pobreza, individual ou coletiva.

É doloroso percebermos que, apesar da passagem dos séculos, muitas pessoas ou alguns grupos não desfrutam de um emprego, ou disputam o mercado de trabalho altamente competitivo, com extrema desvantagem. Vários fatores alimentam este quadro. A discriminação pode ter origem na cor da pele e dos olhos, na idade, no sexo e na orientação sexual, no defeito físico, no vestuário, na política, na atuação sindical, na condição socioeconômica e em inúmeros outros fatores.

Entretanto, tão reprováveis quanto a discriminação são o conformismo e a omissão. Todos temos de lutar com a mais contundente das armas: a força das palavras, para que a sociedade aceite, igualmente, tanto as igualdades quanto as desigualdades, naquilo que somos iguais e desiguais; maiores e menores; pretos e brancos; altos e baixos;

Digitalizado com CamScanner

bonitos e feios; alegres e tristes; doces e amargos; ricos e pobres; corajosos e medrosos. Não temos o direito de nos comportarmos como sonâmbulos, míopes, ou cegos diante de questão social tão importante.

A discriminação está por todos os lados e cantos; choros e risos; está em todos os poros; em todos os porões e portões; ela está no berço e no terço; na tortura e na sepultura; está em todos os lares e bares; em todos os salões e saraus; em todos os gabinetes, consultórios, salas e antessalas. A discriminação está dentro e fora de casa; está nos filmes e nas novelas; está nas ruas e nos becos, nas esquinas e avenidas; nas praças e na prata; no ouro e nos morros; nos campos de futebol e nas propagandas; nos postes e nos pontos de ônibus, nas empresas e no serviço público; nos bairros nobres e nas favelas; nos hotéis e restaurantes; nas lojas e nas *griffes*, nas instituições bancárias e nas suas contas correntes; a discriminação está nos clubes e no metrô; nas escolas e nas escolhas; nos jornais e nas revistas; nos sabonetes, nos shampoos e nas pastas de dente; está nos sorrisos e nos dentes. Ela está nas palavras e nos olhos; nas mãos e nas luvas; nos bolsos e nas bolsas; nas balsas e nas valsas; está nas valas; na alegria e na tristeza; no silêncio e na voz; está nas músicas e nas lamúrias.

Não basta, portanto, que a lei prescreva que todos somos iguais perante ela, posto que a igualdade precisa, em primeiro lugar, ser e estar dentro e fora de cada um de nós, antes mesmo de estar no ordenamento jurídico, pois, como disse o poeta, os lírios não brotam das leis, nem a igualdade das palavras, que são desiguais quando proferidas por pessoas desiguais.

De mais a mais, como as leis, as decisões judiciais e os atos administrativos, bem como todos os demais comportamentos humanos, possuem um pouco de cada um de nós, essas mesmas leis, decisões judiciais e atros administrativos, aqui e ali, contêm gotas de discriminação visíveis e invisíveis; algumas das quais se secam e desaparecem, como se não tivessem existido, mas que dilaceram a alma do discriminado. Outras deixam marcas profundas e indeléveis que se alastram por gerações de gerações, sem que quase nada façamos para reverter essa situação.

Assim, o principal e mais importante mecanismo de controle contra a discriminação não são necessariamente os poderes constituídos nem os agentes públicos, porém a consciência e a ação de cada um de nós, atores anônimos de uma sociedade em (trans)formação, desenhada e desdenhada, por enquanto com rabiscos em branco e preto, e que um dia serão a síntese da afeição da pessoa humana pela pessoa humana, isto é, do homem por seu semelhante, independentemente de qualquer outro valor que não seja a nossa própria condição humana.

Referências bibliográficas

ARNS, Cardeal Dom Paulo Evaristo. Para que todos tenham vida. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 13-27.

BIBLIA. *Bibleworks 5*. Bibleworks. Sofware for Biblical Exegesis & Research. LLC, 2001. 1 CD.

Código de Hamurabi: Código de Manu (livros oitavo e nono): Lei das XII tábuas. 2 ed. Bauru: Edipro, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALL'AVA-SANTUCCI, Josette. *Mulheres e médica:* as pioneiras da medicina. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho:* fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Trad. Yadyr A. Figueiredo. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

DESCAT, R. *L'acte et l'effort*. Une idéologie du travail en Grèce ancienne (8e-5e. Siècle avant J. C.). Paris: Les Belles Lettres, 1986.

_____. La représentation du travail dans la societé grecque. In: ANNEQUIN, J.; GENY. É.; SMAGJA, É. (Dir.). *Le travail*. Recherches historiques. Paris: Les Belles Lettres, 1999.

GALVÃO, Patrícia. *Paixão Pagu:* a autobiografia precoce de Patrícia Galvão. FERRAZ, Geraldo Galvão (Org.). Rio de Janeiro: Agir, 2005.

_____. *Parque industrial*. São Paulo: Alternativa, 1933.

HESIODO. *Os trabalhos e os dias*. Trad. Mary de Camargo Neves Lafer. São Paulo: Iluminuras/ Biblioteca Pólen, 2006.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*.

LE GOFF, Jacques. *A bolsa e a vida:* economia e religião na Idade Média. Trad. Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Direitos fundamentais: a formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 168-179.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Manual de capacitação e informação sobre gênero, raça, pobreza e emprego: guia para o leitor. Brasília: OIT, 2005. v. 2, p. 53-54.

PERROT, Michelle. *Minha história das mulheres*. Trad. Ângela M. S. Côrrea. São Paulo: Contexto, 2007.

PRADO, Antônio Orlando Almeida (Org.). *Código de Hamurabi:* lei das XII tábuas: manual dos inquisidores: lei de talião. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

RAGO, Margareth. Trabalho feminino e sexualidade. In: PRIORE, Mary Del. *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Editora UNESP/Contexto, 2008. p. 579-606.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. In: *Revista do Tribunal do Trabalho*, Brasília, ano 68, n. 2, p. 97, abr./jun. 2002.

VERUCCI, Floriza. *O direito da mulher em mutação:* os desafios da igualdade. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 2.

Digitalizado com CamScanner

O Negro e as Ações Afirmativas: a Discriminação que Inclui

PAULA OLIVEIRA CANTELLI

1. Introdução

Até bem pouco tempo atrás
poderíamos mudar o mundo.
Quem roubou nossa coragem?

(Renato Russo)

Como diz a velha máxima, bem melhor do que dar um peixe a um homem é ensiná-lo a pescar. Um gesto de caridade pode ajudar, aqui ou ali, especialmente quando está em jogo a própria sobrevivência da pessoa. Mas, quando a situação de miséria é crônica, e a caridade se torna crônica também, o resultado é uma outra espécie de degradação. Ao recolher as moedas que caem em seu chapéu, o homem já não se sente homem, sujeito de seu próprio destino e agente de sua transformação. Tanto quanto a própria fome, a esmola o humilha e o rebaixa quase à condição de um animal.

Por outro lado, não bastam leis que proíbam discriminações. O fato de as pessoas tratarem com a mesma polidez um negro, um idoso ou uma mulher não significa que o negro, o idoso ou a mulher se equiparem ao homem branco e jovem, especialmente em temos de igualdade de acesso ao trabalho.

Para que as oportunidades sejam iguais, e todos saiam do mesmo ponto de partida, é preciso um *algo mais* — e é nesse ponto que entram em cena as ações afirmativas.

Ações afirmativas, também chamadas de discriminações positivas, são medidas destinadas ao favorecimento de grupos ou segmentos sociais que se encontram historicamente em condições desfavoráveis na sociedade.

Mulheres, negros, pessoas portadoras de necessidades especiais, índios são exemplos de grupos que podem ser beneficiados por elas. A função das ações afirmativas é fomentar a igualdade de oportunidades, "(...) transformando a função estática do princípio igualitário inserido na lei em uma função ativa (...)", com a utilização de mecanismos capazes de modificar as regras do mercado de trabalho. (BARROS, 2005. p. 1.109).

Ressalte-se que as ações afirmativas, ao estabelecer condições para a superação de desigualdades sociais — o que implica determinar tratamento diferenciado para grupos desprivilegiados —, não estão violando o princípio da isonomia, mas dando concretude à igualdade material.

Considerando que a igualdade formal por si só não consegue proporcionar uniformidade de oportunidades, as ações afirmativas buscam corrigir estes desequilíbrios na sociedade, por meio de instrumentos que implementem igualdade material, no campo fático.

Por isso, devem ser implementadas em caráter excepcional, até que, segundo Coutinho (2003. p. 19), neutralizem-se os efeitos das desigualdades sociais.

Somente quando pessoas desiguais forem tratadas de forma desigual, na medida dessa desigualdade, é que a lei estará substantivamente tratando a todos de maneira igual.

A implantação de ações em favor dos menos favorecidos visa ampliar sua inserção no mercado de trabalho e possibilitar sua plena cidadania. O seu campo é vasto. Pode abranger, por exemplo, ações que interfiram no (e facilitem o) acesso ao trabalho e a formação profissional; ações voltadas para mudanças culturais; ações que implementem mecanismos de conciliação entre a vida profissional, familiar e social; ações que garantam a dignidade humana no trabalho, inibindo práticas como as do assédio sexual, do assédio moral etc. Seja como for, as ações afirmativas funcionam como um poderoso instrumento de inclusão social.

Nesse trabalho, trataremos das ações afirmativas em geral, mas com ênfase na questão racial.

2. Esboço histórico

O primeiro reconhecimento público da necessidade de medidas que garantissem igualdade às minorias excluídas das oportunidades de emprego se deu, segundo Pate, em 1941, nos Estados Unidos:

> (...) quando o presidente Franklin D. Roosevelt emitiu a Norma Executiva n. 8.802, exigindo que firmas empreiteiras com contratos com órgãos federais da área de segurança se comprometessem a não fazer discriminação em sua política de recrutamento e administração pessoal[1]. (PATE *apud* GODINHO DELGADO *et al.*, 2000. p. 86)

Diz a autora que a expressão "ação afirmativa" foi utilizada pela primeira vez na Norma Executiva n. 10.925 de 1961, editada pelo presidente John F. Kennedy ao observar que as maiores empreiteiras do país, com contratos federais, empregavam pouquíssimos negros.

A referida norma criou a Comissão para Igualdade de Oportunidades no Emprego e determinou que as empresas adotassem: "(...) ação afirmativa para garantir empregos

(1) A Norma Executiva n. 8.802 referia-se às minorias raciais e étnicas.

Digitalizado com CamScanner

aos que se candidatassem, e que não fossem discriminados por raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade enquanto estivessem a seu serviço" (PATE *apud* GODINHO DELGADO *et al.*, 2000. p. 86).

Em 1964, o *Civil Rights Act* estabeleceu que as empresas, inclusive aquelas que não tivessem contrato com o governo federal norte-americano, não poderiam, durante determinado período, praticar atos que resultassem em discriminação por gênero, raça, nacionalidade ou religião.

Já a Norma Executiva n. 11.246, assinada pelo presidente Lyndon Johnson, em 1965, exigia que as empreiteiras aplicassem ações afirmativas que elevassem o número de negros, mulheres e índios em seus quadros. Ao ser questionado a respeito da necessidade destas ações, o presidente assim se manifestou:

> Não se pode tomar uma pessoa presa durante anos a grilhões, é necessário libertá-la, levá-la ao ponto de partida de uma corrida, dizer-lhe que é livre para competir com todos os outros e acreditar que se agiu de forma absolutamente justa. (PATE *apud* GODINHO DELGADO *et al.*, 2000. p. 87)

Além destas, várias outras Normas Executivas do governo dos Estados Unidos adotaram ações afirmativas, visando a diminuição do preconceito em relação às minorias no mercado de trabalho. O tema também já foi objeto de diversas decisões da Suprema Corte norte-americana.

Pate (PATE *apud* GODINHO DELGADO *et al.*, 2000. p. 92) conta, por exemplo, que em 1982, no caso da "Universidade para Mulheres do Mississipi contra Hogan", um homem, que não havia sido admitido para o curso de graduação da escola de enfermagem para mulheres, processou-a, sob o argumento de que a instituição havia violado a cláusula de proteção à igualdade da 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

A Suprema Corte decidiu que a admissão exclusivamente feminina era ilegal, pois a medida não tinha por fim compensar as mulheres por discriminações sofridas na área de enfermagem, fosse no mercado de trabalho ou na formação profissional.

Em contrapartida, a autora relata que, no caso "*Johnson contra Transportation Agency, 480 U.S. 616*", foi questionada a legitimidade do programa de ação afirmativa implantado por uma agência de transportes para aumentar o número de mulheres em seus quadros, tendo em vista a baixa representatividade destas. A decisão da Suprema Corte foi favorável à medida. (PATE *apud* GODINHO DELGADO *et al.*, 2000. p. 92)

Há muitos anos, empresas norte-americanas têm adotado, voluntariamente, programas de ações afirmativas, com o objetivo de constituir uma força de trabalho diversificada, além de melhorar sua base de consumo.

Em recente estudo realizado junto às quinhentas maiores empresas — segundo classificação da revista *Forbes* —, observou-se que as que empregam programas de ação afirmativa relativos ao gênero e à raça apresentam, em média, uma lucratividade cerca de 18% superior às demais.

3. Ações afirmativas em favor da mulher

No Brasil, o art. 7º, XX, da Constituição prevê a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos decorrentes de lei específica. Da mesma forma, o parágrafo único do art. 373-A, acrescentado à CLT pela Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999, prevê a implantação de medidas temporárias com vistas à igualdade entre homens e mulheres, especialmente no tocante a formação profissional, acesso ao emprego e condições gerais de trabalho da mulher.

O art. 390-E da CLT, inserido pela Lei n. 9.799, ao dispor sobre a possibilidade de a pessoa jurídica associar-se a entidade de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, entidades públicas ou sindicatos, para o desenvolvimento de ações conjuntas na execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher, também permite ações afirmativas. Aliás, de certo modo, a própria norma já é em si mesma uma ação afirmativa.

No entanto, verifica-se que ainda são inexpressivos planos concretos de ações afirmativas neste sentido, talvez por falta de divulgação ou de incentivo do governo federal.

A pesquisa "Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas"[2], realizada em 2007, com as quinhentas maiores empresas brasileiras[3], constatou a reduzida presença de mulheres, em comparação com a população economicamente ativa.

O índice de participação feminina constatado em cargos de diretoria foi de 11,5%. Já nos cargos de gerência, as mulheres representam 24,6%; nos de supervisão, 37%; e, nos funcionais, 35%. Estes resultados comprovam que as mulheres enfrentam dificuldade de ascensão a cargos mais altos na carreira.

Pode-se dizer que há uma tendência de crescimento da participação feminina nos quadros executivos das empresas, tendo em vista que, nas pesquisas realizadas em 2001, 2003 e 2005, também pelo Instituto Ethos, as mulheres ocupavam, respectivamente, 6%, 9% e 10,6% dos cargos de diretoria.

Por outro lado, comparando-se os resultados obtidos nas pesquisas realizadas em 2003, 2005 e 2007, observa-se que a participação feminina nos cargos de gerência tem diminuído, uma vez que atingiu, respectivamente, 18%, 31% e 24,6%.

Por outro lado, é praticamente inexpressivo o índice de empresas que adotam ações afirmativas para alterar o quadro da discriminação feminina:

- 23% das empresas executam programas de capacitação profissional para melhorar a qualificação das mulheres[4];

(2) Pesquisa realizada pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, em parceria com a Fundação Getúlio Vargas, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Organização Internacional do Trabalho e Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher.

(3) Classificação das empresas por faturamento, segundo a publicação do Balanço Anual da Gazeta Mercantil.

(4) As pesquisas realizadas em 2003 e em 2005 registraram que 3% e 4%, respectivamente, das empresas adotavam programas de capacitação profissional para melhorar a qualificação das mulheres.

Digitalizado com CamScanner

• 16% das empresas estipulam metas para a redução das desigualdades salariais de gênero[5].

De qualquer forma, é certo que a eliminação da discriminação contra as mulheres e, consequentemente, da desigualdade social daí decorrente depende da adoção de efetivas ações afirmativas que busquem gerar oportunidades e equilibrar o mercado de trabalho.

4. Ações afirmativas em favor de pessoas com necessidades especiais e maiores de 45 anos de idade

O art. 7º, XXXI, da Constituição da República prevê a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e a critério de admissão da pessoa com necessidades especiais. Indo mais além, o art. 37, VIII, da Constituição dispõe que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com necessidades especiais.

O art. 2º da Lei n. 8.112/90 dispõe que até 20% das vagas oferecidas em concurso para servidor público civil da União, das autarquias e fundações públicas federais serão reservadas às pessoas com necessidades especiais.

Já o art. 93 da Lei n. 8.213/91 prevê que as empresas privadas com mais de cem empregados deverão preencher de 2% a 5% de seus cargos com pessoas com necessidades especiais. Além disso, a dispensa deste empregado está condicionada à contratação de outro em condições semelhantes. De certa forma, esta imposição legal gera uma espécie de garantia provisória de emprego ao trabalhador portador de deficiência, pois a dispensa deste está condicionada à contratação de outro em similares condições.

Observa-se que, de certo modo, os próprios dispositivos legais acima mencionados são exemplos de ações afirmativas em favor das pessoas com necessidades especiais.

A pesquisa "Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas"[6], realizada em 2007, pelo Instituto Ethos, registra que os índices de participação das pessoas com necessidades especiais nos cargos de diretoria são de 0,4%; nos de gerência, de 0,38%; nos de supervisão, de 0,4%; e, nos cargos funcionais, de 1,9%. Estes resultados mostram a dificuldade de ascensão a cargos mais altos na carreira. De acordo com o referido estudo, as empresas analisadas não estão conseguindo cumprir as exigências do art. 93 da Lei n. 8.213/91 e o argumento por elas utilizado é de que não encontram pessoas qualificadas no mercado de trabalho.

Já no que se refere aos empregados com mais de 55 anos de idade, os índices registrados em 2007 revelam que eles enfrentam dificuldade de inserção e de manutenção

(5) Nos anos de 2003 e 2005, somente 3% das empresas promoviam ações afirmativas neste sentido, segundo a pesquisa realizada pelo Instituto Ethos.

(6) Pesquisa realizada pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, em parceria com a Fundação Getúlio Vargas, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Organização Internacional do Trabalho e Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher.

no mercado. Nesta faixa etária foram registrados somente 16,2% nos cargos de diretoria, 5,6% nas gerências, 2,2% nos cargos de supervisão e 2,5% nos funcionais[7].

Comparando-se os dados obtidos em 2001, 2003 e 2005, pelo Instituto Ethos, verifica-se que o número de trabalhadores com mais de 55 anos de idade ocupantes de cargos de diretoria foram, respectivamente, de 18%, 13,5% e 11,9%. De modo geral, pode-se dizer que tem aumentado a discriminação em relação a esse grupo de trabalhadores, ante a crescente diminuição de sua participação no mercado de trabalho, independentemente do cargo. Regra geral, as empresas têm procurado rejuvenescer seu quadro de empregados, o que demonstra que os trabalhadores nesta faixa etária têm, cada vez mais, menos oportunidades no mercado de trabalho[8].

E o que é pior, pouco se tem feito para alterar esta realidade, tanto que, em 2007, somente 18% das empresas analisadas pelo Instituto Ethos[9] promoviam ações afirmativas no sentido de estabelecer programas de capacitação profissional das pessoas com mais de 45 anos de idade[10].

Por outro lado, nas empresas que estabelecem programas para contratação de pessoas com necessidades especiais, o índice é um pouco melhor, 67%, segundo dados obtidos em 2007, pelo Instituto Ethos.

5. Ações afirmativas em favor dos negros

Já as ações afirmativas relativas aos negros são praticamente inexistentes, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro repelir a discriminação, considerando, inclusive, a prática de racismo crime inafiançável e imprescritível, conforme dispõem o art. 5º, XLII, da Constituição da República e a Lei n. 7.716/89. O art. 4º da referida Lei prevê pena de reclusão de dois a cinco anos àquele que obstar ou negar emprego a alguém em empresa privada, em função da raça ou cor.

Na mesma linha antidiscriminatória, o art. 7º, XXX, da Constituição da República dispõe que é proibida a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de

(7) Pesquisa realizada pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, em parceria com a Fundação Getúlio Vargas, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Organização Internacional do Trabalho e Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher.

(8) A respeito de discriminação etária ver: CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. *Mercado de trabalho e discriminação etária:* a vulnerabilidade dos trabalhadores "envelhescentes". São Paulo: LTr, 2006. Segundo Chaves (CHAVES, 2006. 150), "constata-se, pois, a necessidade de se conscientizar os empregadores sobre a possibilidade de permanência desses trabalhadores no mercado de trabalho, demonstrando-se a importância do poder público em políticas públicas voltadas para se agregar esse grupo de pessoas ao mercado de trabalho, sem se olvidar da contribuição dos sindicatos, estabelecendo-se uma parceria entre empregadores, trabalhadores e poder público".

(9) Pesquisa realizada pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, em 2007, em parceria com a Fundação Getúlio Vargas, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Organização Internacional do Trabalho e Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher.

(10) Em 2003 e em 2005, somente 3% e 8%, respectivamente, das empresas promoviam ações afirmativas neste sentido, segundo a pesquisa realizada pelo Instituto Ethos.

Digitalizado com CamScanner

admissão por motivo de sexo, idade ou cor. E a Lei n. 9.029/95 considera como ilícitos trabalhistas qualquer prática discriminatória e limitativa de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, idade.

No entanto, verifica-se que, de modo geral, são ainda insignificantes as ações afirmativas que promovam a igualdade de tratamento e de oportunidades dos negros no mercado de trabalho.

Os dados fornecidos pelo Instituto Ethos[11], em 2007, demonstram que os negros ocupam tão somente 3,5% dos cargos de diretoria, 17% dos cargos de gerência, 17,4% das vagas de supervisão e 25,1% das vagas do quadro funcional. Observa-se que a presença dos negros em cargos de chefia é bem menor que a das mulheres.

Nas mesmas pesquisas realizadas em 2001, 2003 e 2005, constatou-se que o número de negros nos cargos de diretoria foi de 2,6%, 1,8% e 3,4%, respectivamente. Assim, apesar do pequeno aumento registrado em 2007, não se pode dizer que haja uma tendência de crescimento dos negros nos altos cargos.

Por fim, a pesquisa informou também que são poucas as empresas que adotavam ações afirmativas para alterar essa realidade:

- 22% das empresas promovem ações afirmativas no sentido de estabelecer programas especiais para contratação de pessoas usualmente discriminadas no mercado de trabalho, tais como mulheres, negros e indivíduos com mais de 45 anos de idade[12];
- 16% das empresas adotam programas de capacitação profissional para melhorar a qualificação dos negros[13].

Seja como for, de um modo geral, a pior situação no mercado de trabalho é a dos negros. E as circunstâncias agravam-se ainda mais quando se trata de mulher negra ou de portador de necessidade especial ou, ainda, de trabalhador(a) negro(a) acima 55 anos de idade. Nesses casos, a inserção no mercado de trabalho é marcada pela dupla e, às vezes, até tripla discriminação.

Segundo a pesquisa "Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça"[14], realizada em 2007, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada — IPEA —, as mulheres e os

(11) Dados obtidos na pesquisa "Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas", realizada em 2007, pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, em parceria com a Fundação Getúlio Vargas, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Organização Internacional do Trabalho e Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher.

(12) Em 2003 e em 2005, somente 7% e 11%, respectivamente, das empresas promoviam ações afirmativas neste sentido, segundo a pesquisa realizada pelo Instituto Ethos.

(13) As pesquisas realizadas em 2003 e em 2005 registraram que 1% e 4%, respectivamente, das empresas adotavam programas de capacitação profissional para melhorar a qualificação dos negros.

(14) PINHEIRO, Luana *et al. Retrato das desigualdades de gênero e raça.* 3. ed. Brasília: Ipea: SPM: UNIFEM, 2008. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. O estudo tem por objetivo disponibilizar informações sobre a situação de mulheres, homens, negros e brancos no Brasil. Para tanto, apresenta indicadores oriundos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

negros apresentam os maiores níveis de desemprego, sendo que as mulheres negras encontram-se em pior situação: estas apresentaram uma taxa de desemprego de 12,4%, comparada a 9,4% para as mulheres brancas, 6,7% (índice também alto) para os homens negros e 5,5% para os homens brancos.

O IPEA[15] aponta, ainda, que, em 2007, enquanto as mulheres brancas ganhavam, em média, 62,3% do que ganhavam homens brancos, as mulheres negras ganhavam 67% do que recebiam os homens do mesmo grupo racial e apenas 34% do rendimento médio de homens brancos. Para o IPEA, um dos fatores que geram esta diferença salarial é desigualdade educacional entre brancos e negros.

Outro ponto relevante destacado pelo IPEA[16] foi que, em 2007, 20% da população branca situava-se abaixo da linha de pobreza, ao passo que os negros nesta posição representavam 41,7%. E enquanto 6,6% dos brancos recebem menos de ¼ de salário mínimo *per capita* por mês, esse percentual salta para 16,9% da população negra, quase três vezes mais. Isso representa, segundo o IPEA, 20 milhões a mais de negros pobres do que brancos e 9,5 milhões de indigentes negros a mais do que brancos[17].

Certamente, os baixos salários e os altos índices de desemprego dos negros estão relacionados, entre outros fatores, à falta de qualificação. Quanto menos qualificados, mais discriminados. Na verdade, discriminação gera exclusão, que gera mais discriminação, alimentando este círculo vicioso.

De fato, o número de negros nos cursos superiores é muito inferior ao dos brancos. Segundo dados do IBGE, obtidos na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio — PNAD — de 2006 —, o percentual de estudantes brancos de nível superior é de 56%, ao passo que o de negros é tão somente de 22%.

Já a "Pesquisa de Emprego e Desemprego — os negros no mercado de trabalho da Região Metropolitana de São Paulo", realizada pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos — DIEESE — em 2007, informa que, nas faixas que incluem as pessoas não alfabetizadas até as que possuem o ensino médio incompleto,

(15) PINHEIRO, Luana *et al. Retrato das desigualdades de gênero e raça.* 3. ed. Brasília: Ipea: SPM: UNIFEM, 2008.

(16) *Ibidem*, p. 36.

(17) O alto índice de discriminação racial e de gênero também pode ser observado nas grandes regiões metropolitanas do Brasil, como, por exemplo, em São Paulo. A "Pesquisa de Emprego e Desemprego — os negros no mercado de trabalho da Região Metropolitana de São Paulo", realizada pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos — DIEESE — em 2007, revela que a população economicamente ativa — PEA — negra totalizou 3.678 mil pessoas, o que equivale a 36,1% da força de trabalho disponível na Região Metropolitana de São Paulo. Entre esses, 82,4% estavam ocupados, enquanto 17,6% permaneciam desempregados. Já a PEA não negra representava 6.511 mil pessoas, das quais 86,7% estavam ocupadas e 13,3%, desempregadas. Apesar de a população negra participar com pouco mais de um terço da PEA, sua proporção no contingente de desempregados correspondia a 42,9% desse total. Já a taxa de desemprego total das mulheres negras era de 20,4%, em 2007. A PEA é representada pela oferta de mão de obra — ocupados e desempregados.

Digitalizado com CamScanner

58,5% eram negros e 37,6% não negros. Já na faixa entre ensino médio completo e superior completo, 41,5% eram negros e 62,4% não negros[18].

Os dados acima revelam que a melhor capacitação dos negros poderia melhorar sua situação no mercado de trabalho. E esta capacitação pode ser obtida mediante programas que viabilizem seu acesso em cursos de ensino superior, como será a seguir demonstrado.

6. Cotas nas universidades: um caminho para a inclusão social

Sonha e serás livre de espírito... luta e serás livre na vida.

(Che Guevara)

O homem não é nada além daquilo que a educação faz dele.

(Immanuel Kant)

Às vezes explícita, outras vezes disfarçada, a discriminação racial sempre se fez presente na civilização ocidental. Apenas a sua intensidade é que tem variado. Ao longo dos tempos, o negro já foi — e às vezes continua sendo — uma simples mercadoria ou ferramenta de trabalho. Mas ao mesmo tempo tem sido o principal ator de sua progressiva emancipação.

Na verdade, nem sempre a discriminação racial é preconceituosa. No Brasil, conforme o caso, pode ser mera consequência de um passado recente de escravidão. É principalmente esse passado — ainda não de todo superado — que responde pelo fato de que a maior parte da população negra ainda é pobre, e a maior parte dos pobres é de cor negra.

Seja como for, hoje se acredita que uma das formas eficazes de se combatê-la seria a adoção de programas que viabilizem a inserção dos negros nos cursos superiores, especialmente por meio do sistema de cotas. As cotas procuram incluí-los socialmente, amenizando a discriminação por eles sofrida ao longo dos tempos. Se no decorrer da História a raça sempre foi um critério de exclusão, que agora seja de inclusão.

Trata-se, portanto, de uma ação afirmativa. E sua importância é tanto maior quanto se sabe que — num mundo globalizado e informatizado — será cada vez mais difícil obter-se um trabalho digno sem uma educação adequada.

Hoje, muito mais do que antes, as pessoas devem possuir uma bagagem crescente de conhecimentos e estar sempre atualizadas. As informações circulam com extrema rapidez de um continente a outro. Há uma tendência natural do mercado de excluir trabalhadores sem capacitação — seja no campo técnico, seja também na esfera do conhecimento teórico superior.

(18) Para o DIEESE, essas proporções devem ser relativizadas diante do ingresso mais precoce dos negros no mercado de trabalho (o que ampliaria a proporção de jovens nos anos iniciais de sua trajetória escolar entre os ocupados negros), mas seu número não parece suficiente para explicar diferenças tão acentuadas entre negros e não negros.

Com isso, a todo tempo, as pessoas procuram se educar e qualificar. No Brasil, segundo o IBGE[19], entre 1996 e 2006, a taxa de frequência à escola dos jovens entre 18 e 24 anos de idade passou de 28,4% para 31,7%. Desse total, 48% estão nos níveis de ensino fundamental e médio e 40,1% no superior (incluindo mestrado e doutorado). Das pessoas que frequentam o ensino superior, 23,6% estão na rede pública e 76,4% na rede particular.

A maior presença dos estudantes brasileiros na rede particular de ensino superior pode estar relacionada à grande expansão das instituições particulares, e, talvez, à facilitação do acesso ao crédito educativo público para a população carente de recursos financeiros, assim como à criação de programas de bolsas de estudos[20] em instituições de educação superior privadas.

De qualquer forma, sabe-se que ingressar em uma faculdade pública é tarefa difícil. De acordo com o IBGE[21], mais da metade dos alunos pertencem às famílias 20% mais ricas da população, extrato do qual a população negra está virtualmente excluída.

De fato, os estudantes com razoáveis condições financeiras frequentam escolas da rede privada de ensino fundamental e médio, e pagam por um bom (e caro) curso preparatório para o exame vestibular, o que os torna, quase sempre, competidores mais qualificados no exame de seleção. Já o estudante da rede pública, quase sempre pobre, não tem o mesmo acesso ao material escolar, não se alimenta de forma conveniente e com frequência usa o tempo que seria de estudo para ajudar os pais, sendo assim excluído do sistema[22].

O descompasso é ainda maior quando se observa que, em regra, as melhores escolas de ensino médio são *particulares*, ao passo que as melhores faculdades são *públicas*. Assim, também por essa razão, os candidatos mais bem preparados são os de maior poder aquisitivo. Isso significa também que, enquanto os alunos de maior poder aquisitivo se beneficiam do ensino universitário gratuito, os pobres têm de enfrentar os custos da universidade privada[23]. O resultado final é a reprodução das desigualdades: em regra, filho de pobre, pobre será.

(19) Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, realizada pelo IBGE, em 2006.

(20) Como, por exemplo, o PROUNI — Programa Universidade para Todos —, que é um programa criado pelo Governo Federal pela Medida Provisória n. 213/2004 e institucionalizado pela Lei n. 11.096/2005, que oferece o cumprimento de alguns requisitos, bolsas de estudos — parciais ou integrais — em instituições de educação superior privadas, em cursos de graduação e sequenciais de formação específica, a estudantes brasileiros, sem diploma em bacharelado. Em contrapartida, as instituições que aderem ao Programa têm isenção de alguns tributos.

(21) Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, realizada pelo IBGE, em 2006.

(22) Ressalte-se que os mais pobres começam a trabalhar mais cedo, possuem extensas jornadas de trabalho e, consequentemente, têm menos tempo para estudar, o que dificulta a competição.

(23) Essa distorção foi amenizada pelo Programa Universidade para Todos.

Digitalizado com CamScanner

Na verdade, a situação se agrava quando se trata de cidadão negro e pobre, qualidades que em geral andam juntas[24]. De fato, como já mencionado, o número de negros nos cursos superiores é muito inferior ao dos brancos, o que revela um forte traço da discriminação no sistema de ensino brasileiro[25].

Mesmo ante a ausência de lei federal acerca do assunto, várias são as universidades brasileiras que já implantaram o sistema de reserva de vagas para negros ou pessoas economicamente carentes, como, por exemplo, a Universidade de Brasília — UnB[26] — e as Universidades dos Estados do Rio de Janeiro[27][28] e da Bahia.

Muito se discute acerca da constitucionalidade do sistema de cotas raciais[29]. Há quem entenda que este sistema gera discriminação e viola o princípio da igualdade.

No entanto, ao contrário, as ações afirmativas representam a concretização daquele princípio. Já que a igualdade formal não é suficiente para se conquistar uma sociedade justa, com oportunidades para todos, o sistema de cotas procura a igualdade material, viabilizando situações concretas de paridade.

Ademais, o sistema de cotas encontra respaldo em diversos dispositivos da Constituição[30], como os elencados em seu art. 3º:

(24) Os dados do IBGE apontam que entre os *10% de pessoas mais pobres* no Brasil, em 2006, os brancos representavam 26,1% do total, enquanto os negros correspondiam a 73%. *Já entre o 1% mais rico da população* brasileira, os brancos representam 86% e os negros cerca de 12%.

(25) A título de curiosidade, segundo dados do IBGE, obtidos na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio — PNAD — de 2006 —, a taxa de analfabetismo encontrada para as pessoas de 15 anos e mais, foi de 10,5%, o que corresponde a 14,4 milhões de indivíduos, que, regra geral, são negros ou pardos, pertencentes às camadas mais pobres e de localidades menos desenvolvidas.

(26) O partido Democratas ajuizou Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — ADPF n. 186 —, pedindo a suspensão imediata das matrículas dos 654 estudantes cotistas negros aprovados no último vestibular da instituição, para ingresso no segundo semestre de 2009. No dia 31.7.2009, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, negou o pedido de liminar, mantendo as cotas e a matrícula dos estudantes cotistas. O mérito da ação será analisado em plenário pelos outros ministros.

(27) A Lei n. 5.346, de 11.12.2008, do Estado do Rio de Janeiro, dispõe que, "*por 10 anos, o sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais, adotado com finalidade de assegurar seleção e classificação final nos exames vestibulares aos seguintes estudantes carentes: I – negros; II – indígenas; III – alunos da rede pública de ensino; IV – pessoas portadoras de deficiência, nos termos da legislação em vigor; V – filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço. § 1º Por estudante carente entende-se como sendo aquele assim definido pela universidade pública estadual, que deverá levar em consideração o nível socioeconômico do candidato e disciplinar como se fará a prova dessa condição, valendo-se, para tanto, dos indicadores socioeconômicos utilizados por órgãos públicos oficiais*".

(28) O deputado Flávio Bolsonaro propôs Ação Direita de Inconstitucionalidade em face da Lei Estadual n. 5.346/2008. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deferiu o pedido de liminar e suspendeu a aplicação do sistema de cotas instituído pela referida Lei a partir do vestibular de 2010 até o julgamento do mérito da ação.

(29) Em junho de 2003, a Suprema Corte dos EUA decidiu pela constitucionalidade do sistema de cotas para negros, adotado pela Faculdade de Direito da Universidade de Michigan.

(30) Entre tais dispositivos constitucionais, pode ser citado o art. 23, X, que assim dispõe: "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) X. combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos."

> I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> (...)
>
> III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De todo modo, para que não ganhe voz o discurso de que as cotas discriminam os demais estudantes — dentre os quais inclusive outras minorias, como os idosos e os brancos pobres — talvez a melhor solução seja adotar, além do sistema racial, um outro que reserve vagas para as pessoas carentes, tomando como critério, por exemplo, o rendimento familiar.

É claro que medidas afirmativas desse gênero devem durar tão somente o tempo necessário para equilibrar o mercado de trabalho, tornando-o mais diversificado e justo.

7. Conclusões

Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo,
qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim.

(Chico Xavier)

As ações afirmativas acabam beneficiando as próprias empresas que as implantam. Estudos do Instituto Ethos indicam que a competitividade está diretamente relacionada à composição de sua força de trabalho, que deve refletir a diversidade dos clientes e dos mercados. As empresas com mão de obra diversificada têm melhores condições de satisfazer consumidores cada vez mais diferenciados e exigentes.

Outro importante aspecto da diversidade de mão de obra para as empresas é o apelo financeiro. Empresas que adotam programas de diversidade atraem mais investidores do que outras que não adotam tal procedimento.

Assim, praticar a diversidade, além de trazer benefícios para as empresas, deve fazer parte de suas obrigações com a sociedade, com os consumidores. Combater a discriminação e o preconceito é um princípio da responsabilidade social empresarial.

Mas não basta a edição de leis. É importante que o Estado, além de viabilizar ações afirmativas, crie formas de efetivá-las, seja por meio de incentivos financeiros, fiscais ou de outros meios que promovam a sua implantação.

Exemplo de ação afirmativa que busca combater a discriminação no mercado de trabalho é o sistema de cotas raciais e econômicas nas universidades. Somente por intermédio de uma melhor capacitação dos negros e, regra geral, de todos os excluídos e discriminados, estes conseguirão sobreviver com dignidade num mercado que destrói postos de trabalho.

Digitalizado com CamScanner

Na realidade, a igualdade formal disposta na lei é importante — mas não suficiente — para a consolidação de uma sociedade democrática, como ensina Marcio Pochmann[31]:

> Apesar da igualdade formal, presente na letra da lei ser de importância inquestionável, é na vivência cotidiana que a ideologia que reforça iniquidades de gênero e raça é mais explicitamente percebida. Imiscuindo-se insidiosamente nas relações sociais, produz discrepâncias que redundam em exclusões. Nos bancos escolares, no interior das empresas, nas cidades, nas famílias, no campo, no interior dos lares, nos hospitais, nas favelas e em cada parte da nossa sociedade, negros são discriminados por sua cor/raça e mulheres, por seu sexo.
>
> Se as desigualdades não são neutras quanto ao sexo e à cor, é preciso lançar luz sobre esses recortes de forma a potencializar a ação pública no sentido de enfrentá-las. Somente quando a igualdade formal se traduzir em igualdade real poderemos nos orgulhar da consolidação da nossa democracia.

As ações afirmativas — em especial o sistema de cotas nas universidades — podem conquistar, ou, pelo menos, tentar alcançar esta igualdade material. Se não resolverão, por si sós, o problema da desigualdade, pelo menos já são um passo nesta direção[32].

Ensina Paulo Freire que "se a educação sozinha não transforma a sociedade, sem ela, tampouco, a sociedade muda". Em outras palavras, a educação liberta o homem, tornando-o menos "escravizável", como diz Henry Peter:

> A educação faz um povo fácil de ser liderado, mas difícil de ser dirigido, fácil de ser governado, mas impossível de ser escravizado.

Certa vez, referindo-se ao famoso lema da Revolução Francesa — liberdade, igualdade, fraternidade —, um autor escreveu que são palavras "que se surpreendem de estarem juntas". De fato, uma igualdade apenas formal não leva à verdadeira liberdade e desmente o ideal de fraternidade.

As ações afirmativas podem harmonizar aquelas três palavras, usando a fraternidade para alcançar uma verdadeira igualdade e uma liberdade mais real. Mas para isso dependem também de nossa aceitação e de nossa cumplicidade. Afinal, como canta Chico Buarque[33]:

Todos juntos somos fortes
Somos flecha e somos arco
Todos nós no mesmo barco
Não há nada pra temer

(31) PINHEIRO, Luana *et al. Retrato das desigualdades de gênero e raça.* 3. ed. Brasília: Ipea: SPM: UNIFEM, 2008.

(32) É claro que a rede pública de ensino tem que ser revista e reformulada. É obrigação do Estado fornecer ensino de qualidade, seja fundamental, médio ou superior.

(33) Música de Luiz Enriquez. Texto original de Sérgio Bardotti. Tradução e adaptação: Chico Buarque e Holanda. Fábula musical inspirada no conto dos Irmãos Grimm "Os músicos de Bremen".

Ao meu lado há um amigo
Que é preciso proteger
Todos juntos somos fortes
Não há nada pra temer
E no mundo dizem que são tantos
Saltimbancos como somos nós.

Referências bibliográficas

ABRAMO, Laís. A situação da mulher latino-americana — o mercado de trabalho no contexto da reestruturação. In: GODINHO DELGADO, Didice; CAPELLIN, Paola; SOARES, Vera (Orgs.). *A mulher e o trabalho* — experiências de ação afirmativa. São Paulo: Boitempo, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coords.) *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2005.

CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. *Mercado de trabalho e discriminação etária:* a vulnerabilidade dos trabalhadores "envelhescentes". São Paulo: LTr, 2006.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. *Discriminação na relação de trabalho* — uma afronta ao princípio da igualdade. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

GODINHO DELGADO, Didice; CAPELLIN, Paola; SOARES, Vera (Orgs.). *A mulher e o trabalho* — experiências de ação afirmativa. São Paulo: Boitempo, 2000.

GOLSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego.* Curitiba: Gênesis, 2003.

INSTITUTO ETHOS. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas.* São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, set. 2005

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA — IPEA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça.* Brasília: UNIFEM, 2007.

OLGIATI, Etta. Ações afirmativas na Itália e um olhar sobre a Europa. In: GODINHO DELGADO, Didice; CAPELLIN, Paola; SOARES, Vera (Orgs.). *A mulher e o trabalho* — experiências de ação afirmativa. São Paulo: Boitempo, 2000.

PATE, Kimberly. Ação afirmativa nos Estados Unidos. In: GODINHO DELGADO, Didice; CAPELLIN, Paola; SOARES, Vera (Orgs.). *A mulher e o trabalho* — experiências de ação afirmativa. São Paulo: Boitempo, 2000.

Sítios

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS — DIEESE. Disponível em: <www.dieese.org.br> Acesso em: 28 ago. 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA — IBGE. Disponível em: <www.ibge.gov.br> Acesso em: 20 ago. 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça.* Disponível em: <www.ipea.gov.br> Acesso em: 25 ago. 2009.

INSTITUTO ETHOS. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas.* Disponível em: <http://www.ethos.gor.br> Acesso em: 25 ago. 2009.

Digitalizado com CamScanner

Raça e Trabalho: as Fronteiras da Exclusão

ANTÔNIA VITÓRIA SOARES ARANHA E MARA MARÇAL SALES

1. Introdução

As relações raciais no Brasil constituem um tema recorrentemente abordado por cientistas brasileiros e também por estudiosos estrangeiros. Costa (2006) nos indica tratar-se de um campo marcado por considerável acúmulo de discussões, muito embora, nos lembra o autor, não seja uma seara de continuidade paradigmática: há rupturas epistemológicas fundamentais entre diferentes abordagens que enfocam esta temática (COSTA, 2006).

O médico Thales de Azevedo, autor de obras significativas sobre o racismo no Brasil, interessou-se, em 1975, pelas razões que levavam um pesquisador a enfocar as relações raciais em nosso país. Segundo suas conclusões, o elemento de fomento ao interesse acadêmico seria a persistência histórica do racismo como contradição e como problema. Para este autor, ao mesmo tempo em que a discriminação racial podia ser verificada de forma cotidiana, a propalada democracia racial constituía-se como "a mais sensível nota do ideário moral no Brasil, cultivada com insistência e intransigência" (AZEVEDO, 1975. p. 7). Desta forma, completa Costa (2006), "a existência do não racismo como valor explícito e sua prática como realidade cotidiana conformam uma equação sociológica que clama das ciências sociais uma explicação". (COSTA, 2006. p. 151)

De fato, o racismo constitui-se como um elemento identificado em diferentes instâncias e instituições no Brasil. Costa (2006) assim o define:

> O racismo corresponde à suposição de uma hierarquia qualitativa entre os seres humanos, os quais são classificados em diferentes grupos imaginários, a partir de marcas corporais arbitrariamente selecionadas. Essa hierarquização apresenta tanto consequências socioeconômicas quanto político-culturais. As primeiras dizem respeito ao surgimento de uma estrutura de oportunidades desigual, de tal sorte que aqueles a quem se atribui uma posição inferior na hierarquia racial imaginada são sistematicamente desfavorecidos na competição social, cabendo-lhes os piores postos de trabalhos, salários proporcionalmente menores, dificuldades de acesso ao sistema de formação escolar e profissional, etc. A dimensão cultural do racismo se expressa no cotidiano, através de formas de comportamento (escolhas matrimoniais, tratamento pessoal discricionário), rituais (insulto racista, humilhações), assim, como através da marginalização social e espacial. (COSTA, 2006. p. 11)

A constatação da permanência do racismo como realidade para a sociedade brasileira constitui-se como uma conclusão amplamente amparada por diferentes pesquisas[1]. Mas, deve-se notar, também o tema do combate ao racismo tem alcançado uma progressiva visibilidade no país. Trata-se de iniciativas diferenciadas que envolvem, frequentemente, um alto grau de complexidade e colhem êxitos ainda acanhados ante a magnitude do problema. Contudo, deve-se reconhecer, a busca de contraposição à discriminação racial envolve hoje um conjunto muito mais significativo de atores e instituições e torna este tópico parte integrante da agenda contemporânea. Em consonância com esta constatação, pode-se apontar diferentes flancos em que o antirracismo se apresenta. Além da atuação contumaz de diferentes movimentos sociais em prol da promoção da igualdade racial, o Estado brasileiro tem, ao longo do tempo, prontificado sua adesão a uma série de compromissos internacionais voltados para o enfrentamento do racismo[2]. Também na proposição de políticas públicas o tema do combate ao racismo ganha terreno. Em nível federal, o governo brasileiro aponta que, pela primeira vez, houve a implantação de uma política nacional e articulada para a promoção da igualdade racial por meio da criação da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR)[3] — órgão vinculado ao Ministério da Justiça, o que implicou a criação de diferentes projetos e programas[4].

Em todo o país, segundo Gualberto (2003), nos estados e municípios, hoje existem cerca de setenta órgãos, secretarias e coordenadorias que focalizam o tema do combate ao racismo — mesmo que, deve-se apontar, a implantação dos mesmos não se constitua, por si só, como uma real garantia de implementação de políticas de promoção da igualdade racial profícuas.

O tema do combate ao racismo apresenta-se, igualmente, nas proposições de ações afirmativas, as quais formalizam, segundo diferentes critérios de operacionalização, reservas de vagas em universidades para negros, afrodescendentes e alunos oriundos do

(1) Ver, dentre outros, Abramo & Farranha (2006) e Gualberto (2003).

(2) Como a Convenção n. 111 — Convenção concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão (Decreto n. 62.150, de 19.1.68); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto n. 65.810, de 8.12.69) e a Declaração e Plano de Ação da III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, 2001).

(3) No governo Fernando Henrique Cardoso houve a criação do Grupo de Trabalho Interministerial para Valorização da População Negra (GTI). Contudo, segundo Gualberto (2003), suas proposições não foram implementadas.

(4) Dentre os quais, destacam-se: o Diversidade na Universidade, o Pro-Uni, o Programa de Fortalecimento Institucional para Igualdade de Gênero e Raça, Erradicação da Pobreza e Geração de Emprego (GRPE) e o Projeto Desenvolvimento de uma Política Nacional para a Eliminação da Discriminação Racial no Emprego e na Ocupação e Promoção da Igualdade Racial no Brasil (Projeto Igualdade Racial).

Digitalizado com CamScanner

ensino público. A temática do antirracismo espraia-se, então, por distintos campos da sociedade brasileira — mesmo que, frequentemente, enfrentando resistências e desafios de grande monta. Contudo, há uma arena ainda pouco focalizada neste cenário e na qual iniciativas com este mote mostram-se insipientes: o trabalho. Este tema configura-se, exatamente, como o objeto de interesse aqui delineado e será enfocado em suas articulações preliminares. Para isso, recorreremos à História para melhor compreendermos esse complexo presente que a nós se apresenta.

2. Brasil: escravidão, classes e trabalho

Como já é por nós conhecido, o liberalismo, baseado na economia de mercado e no "trabalho livre", desconstruiu a representação do trabalho como castigo, obrigação, estigma, maldição. E relaciona, de forma inédita na história, trabalho com humanidade. Ou, mais que isso, promove a reconciliação entre esses termos.(5)

Porém, num país como o Brasil, onde a escravidão vigorou durante séculos, há fatores que interferiram para que tal fato não ocorresse da maneira "clássica", apesar de o País ter ingressado na modernidade e na industrialização.

> Intrinsecamente ligado à escravidão, à mais abjeta e irremediável desigualdade e à pobreza extrema, o trabalho e o trabalhador foram sempre lidos e tidos no Brasil como categorias sociais carentes de assistência, aconselhamentos e, no limite, de solidariedade e comiseração. (DAMATTA, 2003. p. 11)

Para melhor compreensão da temática, faz-se necessário um giro histórico. Assim, é importante relembrarmos que o Brasil só inicia a sua industrialização nas primeiras décadas do século XX. Isso não significou que, do ponto de vista dos ex-escravos, eles, automaticamente, tenham se inserido no mercado de trabalho industrial. Ao contrário, esse espaço era-lhes também negado.

> O processo que se instaura é caracterizado por uma preterição dos negros frente à mão de obra estrangeiro-branca, fenômeno este que afeta mais vigorosamente a mão de obra masculina. Todavia, não deixa ilesas as mulheres, conforme revelam os anúncios de jornais no começo do século XX, estudados entre outros autores pelo próprio Gilberto Freyre. (BERNARDINO, 2003. p. 231)

Imagens do Brasil: em 1822, 2.815.000 habitantes do Brasil eram escravos e apenas havia 1.200.000 pessoas livres. Em 1890, RJ — 522.651 habitantes dos quais 180.000 negros e mestiços.

> Era a desigualdade do espaço público brasileiro que alarmava os viajantes, estupefatos com as práticas de um estilo de vida e de trabalho escravistas, uma sociabilidade fortemente marcada pela presença africana, que oscilava dos cantos cadenciados dos carregados quando da realização de tarefas coletivas, dos gritos dos vendedores, à indiferença geral da população aos açoites dos feitores e à chegada de "novas peças" em estado lastimável ao mercado. (*Ibidem*, p. 15)

Para revisitar a história, relatos como o seguinte dão conta da violência extrema que os negros eram submetidos no Brasil, antes de suprimida a escravidão:

> Outro exemplo dessa violência extrema do escravo surgida de maneira repentina nos é dado pelo historiador João Brígido: "Os negros começaram a resmungar, e sempre foi de mau agouro, nos ergástulos, o cativo resmungar." O autor escreveu isto referindo-se ao massacre da barca *Laura II*, no ano de 1839. A barca estava navegando há mais de 49 dias e aportou em Fortaleza. Um dos escravos da tripulação vai à presença do comandante e fala do tratamento desumano, pois estavam famintos. Os marujos cativos não tinham praticamente nada para comer. O escravo havia quebrado, com isso, o código de disciplina, pois exprimia o descontentamento dos demais. E isso não era permitido. Em resposta ao que diz o escravo, o comandante manda-o chicotear diante dos seus companheiros. Em consequência desse ato, os marujos escravos tramam a revolta em silêncio. Às 9 horas da noite do dia 10 de julho de 1839, Constantino (o escravo que falara em nome de todos) assume o comando e ordena o massacre. O comandante Francisco Ferreira, português, o contramestre, prático, dois marinheiros e um passageiro são lançados ao mar. O único branco sobrevivente que escapa, o marujo Bernardo, ficou a serviço dos rebeldes. Desembarcam, são presos e condenados à forca. (MOURA, 1994. p. 201)

São imagens fortes, que falam do lugar de não humanidade preenchido pelos escravos, que falam da impossibilidade da mínima resistência nos moldes típicos do capitalismo (representação sindical) e da forte presença negra no Brasil, provinda do tráfico negreiro.

Podemos afirmar que o trabalho escravo chegou mesmo a retardar a utilização da tecnologia mais elementar. "Até mesmo máquinas rudimentares como as carroças eram raras, porque o escravo servia como meio de transporte para pessoa e carga" (DAMATTA, 2003. p. 18). Este trecho é de um depoimento de um viajante norte-americano, Daniel Kidder, que estranha a ausência de cavalos e mulas nas ruas, nessa época e destaca que essas ocupações eram feitas por escravos.

Se levarmos em consideração que, no mundo ocidental mais industrializado, já se vivia outra realidade, com "trabalhadores livres", fica fácil percebermos os impactos da escravidão na constituição da classe operária no Brasil.(6)

(5) Falo de reconciliação, pois, ao longo da história da humanidade, nem sempre o trabalho relacionou-se com o não humano ou indigno. Nas sociedades primitivas, o trabalho não tinha essa conotação, até mesmo porque a lida cotidiana pela sobrevivência praticamente impedia a formação de um excedente capaz de gerar novas relações produtivas. Em outras palavras, trabalhar era sobreviver.

(6) Não desconhecemos, aqui, as condições, muitas vezes subumanas, a que eram submetidos os trabalhadores ditos livres no mundo ocidental. Inexistência de regulamentação sobre o trabalho, condições inadequadas de trabalho, exploração do trabalho infantil, etc. Mas é a realidade também em que os trabalhadores

Digitalizado com CamScanner

3. Trabalho e pobreza — uma junção histórica

"Na Inglaterra da revolução industrial, a transformação do trabalho em mercadoria explodiu os elos de patronagem e de dependência pessoal" (*Idem*). Surgem movimentos independentes de trabalhadores, como o Movimento Cartista, organizações de solidariedade entre eles e outras iniciativas próprias. "De algo 'natural', o trabalho passou a ser concebido como social e político" (DAMATTA, 2003. p. 19) e quem o exerce conquista, paulatinamente, o estatuto de cidadão e ator social.

No Brasil, porém, dadas as condições de industrialização e formação da sua mão de obra, foi impossível separar o pobre do trabalhador, o senhor dono de escravos do patrão, cuja palavra é lei.

> Só por meio de uma ficção sociológica se pode imaginar que os escravos e posteriormente os libertos e os trabalhadores livres — o "povo" ou as "classes populares" — formavam, numa sociedade aristocrática baseada no favor e na lealdade pessoal, segmentos homogêneos em oposição aos senhores e patrões, com faria pensar uma aplicação mecânica da ideia marxista de "solidariedade de classe", ou um enquadramento liberal de "sociologia de profissões". (*Idem*)

Evidentemente não podemos aqui esquecer que a escravidão, apesar das inúmeras dificuldades, não foi um processo passivo, mas enfrentou todo o tipo de resistência dos próprios escravos. A figura de Zumbi dos Palmares é paradigmática nesse sentido. Porém, não podemos relacionar resistência com movimento de trabalhadores livres. Basta lembrar que a Roma Antiga vivenciou diversas revoltas de escravos e teve também a sua liderança emblemática — Spartacus, e isso não configurava nenhum movimento de trabalhadores livres. A resistência à exploração é algo umbilicalmente ligado à exploração dos trabalhadores, em qualquer modo de produção.

Retornando ao nosso caso, onde aqui, como em Roma, os escravos estavam no lugar do não humano, de mais uma mercadoria, vale reforçar que esse estereótipo do negro, evidentemente, não se esmaece da noite para o dia. E, mesmo após a libertação, os escravos têm dificuldades em se engajarem em outra categoria — a de trabalhadores livres.

Damatta (2003. p. 23) vai dizer-nos que, entre a solidariedade de classe e a subserviência, predominou entre os trabalhadores negros a segunda opção.

> (...) a ausência de uma cultura igualitária, bem como a notável heterogeneidade social dos grupos implicados, reforçou laços hierárquicos do clientelismo e da patronagem, o que aprofundou a consciência das distinções sociais, fortaleceu os elos pessoais com patrões em potencial, no que se pode chamar de uma "consciência verticalizada" do mundo social. Uma modalidade de leitura

já se organizavam, inclusive em organismos internacionais. Lembremos algumas datas: o *Manifesto Comunista* é de 1848, a Internacional iniciou seus congressos em 1864 e a Comuna de Paris ocorreu em 1871, para ficarmos em alguns exemplos. Em contrapartida, a libertação dos escravos no Brasil só ocorreu em 1888.

> do mundo, vale repetir, que perdura até hoje e que precisamos urgentemente discutir e avaliar, como provam os "pistolões" e, na vida pública, o "sabe com quem está falando?" e o "jeitinho". (*Idem*, p. 23)

Essa subserviência tem suas origens na relação entre o senhor e o escravo — uma simbiose, uma relação de interdependência: "Ele (Gilberto Freyre) diz que o patriarcado no Brasil não só tornou o senhor dependente do escravo e o escravo dependente do senhor, como criou entre o senhor e o escravo sentimentos de solidariedade mais superiores do que sentimentos de classe e de raça de cada um daqueles elementos." (DAMATTA, 2002. p. 117)

É assim que o autor conclui que no imaginário do trabalhador brasileiro o ideal não era (?) de ser um trabalhador, sobreviver e viver com dignidade a partir dessa condição, mas de ser um comerciante autônomo ou "ter um negócio próprio, arranjar um emprego público, viver na malandragem, ou ter um bom patrão". (DAMATTA, 2003. p. 24)

E acrescenta que a existência de um permanente repúdio ao trabalho manual foi uma forte marca nacional durante séculos, visão também compartilhada por Maestri Filho (1988. p. 46):

> Era incompreensível a vida citadina do Brasil sem o trabalho do homem escravizado. Uma verdadeira multidão de homens livres — "pequenos capitalistas" — vivia na mais absoluta ociosidade explorando o trabalho urbano de um, dois ou três escravos os "grandes capitalistas" podiam possuir centenas de negros. No Brasil, as corporações profissionais da Idade Média praticamente inexistiam. Os mestres lusitanos chegados da Europa compravam um ou mais negros, ensinando-lhes o ofício e passavam, de artífices, a administradores da habilidade alheia. Era difícil ver um homem branco trabalhando como pedreiro, marceneiro, ferreiro, etc. Mesmo se ele aceitasse um trabalho, eram seus cativos que o executavam. Muitos amos mandavam os negros aprenderem um ofício para alugá-los como profissionais.

Marx (1984), ao estabelecer as condições de acumulação do sistema capitalista, apontando a mais-valia extraída dos trabalhadores, afirma que estes são despossuidores dos meios de produção e têm a vender apenas a sua força de trabalho. No entanto, apesar de viver numa época de extrema exploração, nunca vinculou exploração, extração da mais-valia à miserabilidade. Se olharmos o mundo atual, veremos que parcela significativa da classe operária tem um padrão de vida que está longe dessa situação. No entanto, dadas as condições históricas da constituição desse sistema social no Brasil, ser trabalhador, em especial trabalhador manual, sempre foi identificado com ser pobre e miserável.

E, assim, trabalho, enquanto categoria sociológica, enquanto protoforma do ser social, tem inúmeras complicações nesse Brasil. "Em conformidade, certamente, com uma 'memória da escravidão', o trabalho está associado a alguma coisa que verga, que

Digitalizado com CamScanner

deforma, que arranca o couro das costas, que mata e destrói as pessoas, sobretudo as mais honestas." (DAMATTA, 2003)

Podemos afirmar, então, que no Brasil é recente a cultura da ética do trabalho, de uma cultura de classe. "É evidente que a visão dignificante do trabalho está presente no Brasil. Há, pois, o conceito de que o trabalho é um meio de vida e uma vocação. Mas essa visão moderna compete com a ideia do trabalho como castigo e obrigação" (*Ibidem*, p. 33). Reforçamos que essa contradição é intrínseca ao capitalismo, mas muito mais aguda num país com o nosso passado.

4. Classe e etnia — imbricações históricas no Brasil

Já mostramos como é complexa a formação da classe trabalhadora no Brasil e como é contraditório o imaginário sobre o trabalho. Reafirmamos aqui que a questão racial é um ponto crucial para qualquer análise, intervenção ou política social que envolva a questão do trabalho e das relações de classe no País.

É claro que, com o passar dos anos, a discriminação e o racismo foram adquirindo diferentes matizes. E, com a industrialização, houve mesmo uma refuncionalização do preconceito, da discriminação. "Racismo e discriminação relacionavam-se com os benefícios simbólicos e materiais obtidos pelos brancos, sustentados na desqualificação dos seus competidores não brancos; isso refuncionalizava a discriminação, dando-lhe novo sentido na ordem industrial." (CASTRO, 1998. p. 26)

O racismo continua sendo um fator de hierarquização, portanto de não identidade de classes no Brasil. Os exemplos são vários, o nosso cotidiano está impregnado deles. Mas, para não sermos exaustivos, colocaremos aqui a contribuição de Silva (1997. p. 69), ao analisar a inserção de negros e brancos numa siderúrgica baiana:

> Esses dados indicam que os trabalhadores pretos, mestiços e brancos não estão distribuídos igualmente entre os grupos de trabalhadores existentes na Empresa. Os pretos e mestiços estão realizando o trabalho braçal e o técnico de nível médio e, especificamente os pretos, estão ausentes do trabalho administrativo; os brancos, por sua vez, estão realizando o trabalho administrativo e são pouco representados no trabalho braçal e técnico de nível médio. Observando a distribuição por cor, entre os grupos ocupacionais, confirmo que existe uma lógica diferente na inserção de negros e brancos na Empresa.

É essa também a compreensão do DIEESE (2003) numa pesquisa intitulada "Mulher negra: dupla discriminação nos mercados de trabalho metropolitano". E, entre os inúmeros dados apresentados na pesquisa, ela aponta que as desigualdades sociais no Brasil têm um forte componente discriminatório. E que, com a crise econômica que afetou recentemente o Brasil, os mais atingidos foram exatamente as mulheres e os trabalhadores negros. Em especial, as mulheres negras que mais sofrem com o

desemprego e ocupam as posições menos valorizadas e de menor rendimento no mercado de trabalho.

E, ainda como conclusão dessa pesquisa, vale a pena registrar aqui a constatação quanto a esse fenômeno no serviço público, em que, aprioristicamente, o mérito, a competência deveriam prevalecer enquanto mecanismo de inserção, permanência e ascensão:

> É ínfima a probabilidade de uma afrodescendente galgar, em sua carreira profissional, cargos de direção e chefia. No conjunto das regiões analisadas, a maior proporção de negras em cargos de direção e chefia encontra-se no Distrito Federal (11,9%). Por outro lado, a presença de mulheres negras é menor nos patamares mais elevados da progressão profissional em Porto Alegre (3,0%) e em São Paulo (4,2%).

Esperamos, com isso, contribuir para demonstrar que a questão racial, embora umbilicalmente ligada à questão social, econômica, adquiriu uma dinâmica própria, uma certa independência da questão de classe. E, portanto, merece um tratamento específico. Tratamento esse que deve atingir todos os espaços e representações. É necessário, então, políticas de ações afirmativas, como dizem alguns, ou de discriminação positiva, como dizem outros, que, ao permitirem o acesso dos negros a espaços exclusivamente brancos — a Universidade, por exemplo, corroborem para eliminar o estigma de sub-raça, de subumanos que atinge esse segmento da população brasileira. Ações de afirmação que vão desde a desconstrução de estereótipos relacionados a capacidades intelectuais até a estereótipos ligados à estética, à ética e à moral.

5. Racismo e antirracismo no campo do trabalho

Reafirmamos, então, que o espaço laboral constitui-se como um terreno em que a discriminação racial historicamente se apresenta. O tema, reafirma-nos Azevedo (1975), não se constitui como uma novidade: "(...) é oportuno recordar as restrições legais e costumeiras que no período colonial se opunham ao exercício de determinadas ocupações pelas pessoas de cor em geral, mesmo sendo livres (...)" (AZEVEDO, 1975. p. 39). Este autor, tomando como foco o período compreendido entre 1940 e 1972, analisou jornais brasileiros de grande porte e constatou a incidência de anúncios de emprego em que o critério discriminatório era explicitado:

> Em dois números do Jornal do Brasil, do Rio, dos anos 40, publicaram-se 58 anúncios classificados, de procura de empregados domésticos, garçons, porteiros, atores, em que se dava preferência a brancos ou em que, nos de oferta, se mencionava o tipo físico dos candidatos. (*Idem*)

A divulgação deste tipo de anúncio só foi inibida por força da promulgação da Lei Afonso Arinos[7]. A partir de então, as solicitações abertamente discriminatórias

(7) Lei n. 1.390, de 3.7.1951, que proíbe a discriminação em empregos, entrada em recintos públicos e matrícula em instituições, dentre outros. Ela ganhou nova redação pela Lei n. 7.437, de 20 de dezembro de 1985 (Lei Caó).

Digitalizado com CamScanner

tornaram-se paulatinamente raras, sendo substituídas por formas menos ostensivas de formulação. Dentre estas, ganhou terreno a noção da "boa aparência", subterfúgio frequentemente utilizado por empregadores para dissimular a existência de critérios discriminatórios.

Contemporaneamente, inúmeros estudos apontam que os negros e afrodescendentes brasileiros apresentam indicadores mais desfavoráveis em relação à população branca no campo do trabalho. Em 1999, o Instituto Sindical Interamericano pela Igualdade Racial (INSPIR) publicou o *Mapa da População Negra no Mercado de Trabalho no Brasil*. Este estudo revela que a remuneração do negro é inferior quando comparada com a do branco que exerce a mesma função. Na maioria das capitais pesquisadas, o rendimento médio do trabalhador branco é mais do que o dobro do ganho do negro e os rendimentos dos homens negros são inferiores aos das mulheres brancas em todas as regiões pesquisadas (INSPIR, 1999. p. 6). Também as taxas de desemprego são maiores entre os trabalhadores negros, e na maioria das capitais a duração do desemprego é bem maior do que o vivido por pessoas brancas (57 semanas *versus* 50 semanas) (INSPIR, 1999. p. 16, versão popular). Além disso, lembra Hasenbalg (2005), "as realizações educacionais dos negros são traduzidas em ganhos ocupacionais e de renda proporcionalmente menores que os dos brancos (HASENBALG, 2005. p. 230)". Outro ponto por demais denunciado pelos movimentos negros é a pouca presença de trabalhadores negros em cargos de gerência ou chefia, bem como em funções que demandem atendimento ao público — processo que Santos (2006) denomina como discriminação pela imagem. Assim, de modo geral, pode-se apontar que a discriminação racial no campo do trabalho abrange os processos de admissão, as rotinas de ascensão funcional e os parâmetros de remuneração.

A agudeza e persistência de indicadores, como estes, têm, contudo, engendrado propostas e ações que buscam combater o racismo no campo do trabalho — mesmo que enfrentando grandes desafios para tal. Estas iniciativas serão aqui classificadas, de forma preliminar, em dois grupos relativamente distintos, embora assimiláveis entre si: o primeiro compreende políticas que nascem por influência ou determinação de entidades externas às empresas (acordos com sindicatos e governos, pressão de instâncias do Poder Judiciário, etc.); o segundo grupo aglutina propostas originadas nas próprias empresas e que têm, frequentemente, vinculações aos chamados programas de responsabilidade social.

Um dos exemplos mais notórios do primeiro grupo de iniciativas vincula-se à atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) contra o setor bancário. No final de 2003, a partir de pedido apresentado pelo Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA), entidade do movimento negro carioca, e a Federação Nacional de Advogados (FENADV), o MPT instaurou, nas 27 capitais do país, inquéritos civis públicos contra os grandes bancos privados, acusando-os de discriminação racial[8]. O MPT está exigindo

(8) A partir desta solicitação, o MPT também constituiu o Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos, sob a liderança da Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade), órgão vinculado à Procuradoria Geral do Trabalho.

que os bancos implementem políticas afirmativas para aumentar o número de funcionários afrodescendentes. Segundo relato da revista *Isto é* — Dinheiro (2006):

> Os procuradores alegam que 43% da população brasileira é de afrodescendentes e que o percentual de funcionários negros no mercado financeiro flutua entre 2% e 15%, dependendo do Estado. O objetivo é obrigar as empresas a implementar políticas afirmativas. (MARTINS; STUDART, 2006)

Myers (2003), em pesquisa realizada em empresas enfocando a adoção de políticas de equidade, destacou os casos similares envolvendo a rede de hipermercados Zaffari (que firmou acordo com a Prefeitura de Porto Alegre garantindo a contratação de no mínimo 5% de empregados negros) e da Ford, que, ao implantar uma fábrica em Camaçari, Bahia, em outubro de 2001, por acordo com o governo local, estabeleceu uma meta mínima de 70% de afrodescendentes em suas contratações.

Já o grupo de empresas que, sob a égide de proposições voltadas para a responsabilidade social, adota por iniciativa própria políticas de fomento à diversidade apresenta algumas peculiaridades. Primeiramente, o apoio à diversidade nem sempre contempla a questão racial. Isto fica nítido, por exemplo, na pesquisa realizada por Myers (2003):

> Enquanto estava pesquisando as iniciativas de diversidade no setor privado brasileiro, constatei que, apesar da natureza ampla da palavra diversidade, o conceito de diversidade adotado por essas companhias é geralmente restrito a um ou dois grupos de pessoas historicamente discriminados no mercado de trabalho. Frequentemente, as mulheres e/ou os portadores de deficiência são o(s) foco(s) da iniciativa da diversidade.

O autor destaca ainda que a maior parte das empresas com uma iniciativa de promoção da diversidade racial está sediada nos Estados Unidos, e a maioria delas tem iniciativas em função de políticas/programas de diversidade na matriz. Apesar destas considerações, deve-se indicar que, mesmo que de modo incipiente, é crescente o número de organizações que se volta para a abordagem da questão racial. Levantamento publicado pelo Instituto Ehtos[9] elenca entidades, como o Banco Itaú, o Banco ABN Amro Real, a Basf e a DuPont, como empresas que já estabeleceram ações neste campo (GONÇALVES, 2006). Como já dito, a vinculação facilmente identificável no desenvolvimento destas propostas é sua subordinação a proposições calcadas na lógica da responsabilidade social.

(9) Trata-se de um dos mais influentes atores atuantes no fomento a políticas de responsabilidade social no Brasil. A entidade assim define sua atuação: "O Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social é uma associação de empresas, sem fins lucrativos, criada com a missão de mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seus negócios de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade sustentável e justa. Jurídicamente é uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público — Oscip." Disponível em: <http://www.ethos.org.br/DesktopDefault.aspx?TabID=3344&Alias=Ethos&Lang=en-US>.

Digitalizado com CamScanner

Trata-se de propostas e ações que, supostamente, visam associar à lógica econômica compromissos sociais. Lima (2002), ao discutir a irrupção de discursos que buscam correlacionar ética e trabalho, nos diz:

> Neste campo, as posições oscilam entre a tese pragmática da função ética ou social das empresas, complemento terapêutico a uma atividade essencialmente desumana e não social, à tentativa de demonstrar que a ética constitui uma vantagem competitiva. A economia não se oporia à ética, ao contrário, uma atividade econômica conformada por valores morais seria mais rentável e sustentável a longo termo. O respeito aos direitos, a preservação dos ecossistemas, às vezes, a manutenção do emprego e da saúde dos trabalhadores deixam de ser constrangimentos externos e, reapropriados pelas empresas, apareceriam como forças internas à promoção da eficiência econômica. (LIMA, 2002. p. 72)

No tocante aos programas de promoção da diversidade racial, isto se traduz em argumentos segundo os quais a constituição de equipes multirraciais configurar-se-ia como uma vantagem estratégica. A convivência com a diferença deveria ser compreendida como um instrumento de fomento à criatividade — elemento este de grande relevância para a atuação em um país marcado pela diversidade, como o Brasil, mas também para o enfrentamento dos desafios trazidos pela globalização e pela exacerbação da competitividade. Neste sentido, nos diz Bulgarelli (2006): "(A) diferença irá contribuir com o todo, formando um time com recursos ou competências variados que se complementam e interagem criativamente, por meio de uma gestão eficiente da diversidade (...)." (BULGARELLI, 2006. p. 11)

Mas o enfrentamento do racismo envolve, por princípio, o desvelamento de relações de poder historicamente construídas. Isto implica uma revisão crítica das práticas consolidadas em nosso país. Ou, como nos diz Santos (2006):

> A rigor, não há uma decisão formal sobre o veto a negras e negros no mercado de trabalho. Trata-se de um acordo tácito, em que ninguém precisa falar nada; está tudo subentendido. A política que discrimina os negros no trabalho raramente é deliberada formalmente — trata-se de um dado cultural internalizado por todos. Essa é uma das características do *racismo cordial*[10] brasileiro. Ele funciona — e bem — sem que ninguém combine nada. Tudo flui impulsionado por uma cultura de exclusão do negro. (SANTOS, 2006. p. 21)

Investir em propostas de combate ao racismo, como as ações afirmativas, requer, então, necessariamente, a operacionalização de uma reflexão que problematiza e questiona as bases de organização da sociedade brasileira, enfrentando o silêncio e a negação que rondam o tema. Trata-se, por conseguinte, de um tema marcado pela especificidade e, historicamente, associado a controvérsias e disputas.

(10) Grifo do autor.

Finalizando, afirmamos que as ações afirmativas, segundo Gomes (2001) têm como objetivos:

> Induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, visando a tirar do imaginário coletivo a ideia de supremacia racial *versus* subordinação racial e/ou de gênero; coibir a discriminação do presente; eliminar os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar e que se revelam na discriminação estrutural; implantar a diversidade e ampliar a representatividade dos grupos minoritários dos diversos setores; criar as chamadas personalidades emblemáticas, para servirem de exemplos às gerações mais jovens (...). (GOMES, 2001. p. 6-7)

Referências bibliográficas

ABRAMO, Laís; FARRANHA, Ana Cláudia. Desigualdades de gênero e raça: eixos estruturantes dos padrões de desigualdade social no Brasil. In: GONÇALVES, Benjamin (Coord.). *O compromisso das empresas com a promoção da igualdade racial.* São Paulo: Instituto Ethos, 2006. p. 33-42.

AZEVEDO, Thales de. *Democracia racial:* ideología e realidade. Petrópolis: Vozes, 1975.

BERNARDINO, Joaze. Hierarquia e cor entre empregadas domésticas em Goiânia. In: BARBOSA, Lucia M. A.; GONÇALVES E SILVA, Petronilha B.; SILVÉRIO, Valter R. *De preto a afrodescendente* — trajetos de pesquisa sobre relações étnico-raciais no Brasil. São Carlos: EdUFSCAR, 2003.

BULGARELLI, Reinaldo. A valorização da diversidade nas empresas. In: GONÇALVES, Benjamin (Coord.). *O compromisso das empresas com a promoção da igualdade racial.* São Paulo: Instituto Ethos, 2006. p. 07-16.

CASTRO, Nadya A. Trabalho e desigualdades raciais: hipóteses desafiantes e realidades por interpretar. In: CASTRO, N. A.; SÁ BARRETO, Vanda (Orgs.). *Trabalho e desigualdades raciais:* negros e brancos no mercado de trabalho em Salvador. São Paulo: Annablume, Salvador: A Cor da Bahia, 1998.

COSTA, Sérgio. *Dois Atlânticos:* teoria social, antirracismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

DAMATTA, Roberto. Evolução das profissões industriais na vida brasileira. In: Confederação Nacional da Indústria e Serviço Nacional da Indústria. *Mercado de trabalho e dinâmica ocupacional.* Brasília: SENAI-DN, 2002.

_____. *Profissões industriais na vida brasileira* — ontem, hoje e amanhã. Brasília: UnB/Senai/Ministério do Trabalho e Emprego, 2003.

DIEESE. *Mulher negra:* dupla discriminação nos mercados de trabalho metropolitanos. São Paulo: Dieese, 2003 (Boletim Especial 2).

DOMINGUES, Petrônio. Ações afirmativas para negros no Brasil: o início de uma reparação histórica. In: *Rev. Bras. Educ.*, Rio de Janeiro, n. 29, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413247820050002000013&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 18 set. 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade:* o direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Benjamin (Coord.). *O compromisso das empresas com a promoção da igualdade racial.* São Paulo: Instituto Ethos, 2006.

Digitalizado com CamScanner

GUALBERTO, Márcio Alexandre Martins. Relações raciais no Brasil: a situação dos afrodescendentes. In: MOSER, C.; RECH, D. (Orgs.). *Direitos humanos no Brasil:* diagnóstico e perspectivas. Rio de Janeiro: CERIS/Mauad, 2003. p. 276-294.

HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil.* 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

INSPIR — Instituto Sindical Interamericano pela Igualdade Racial. *Mapa da população negra no mercado de trabalho no Brasil.* São Paulo: Centro de Solidariedade AFL-CIO, outubro. Relatório completo (133 páginas) e versão popular (26 páginas), 1999.

LIMA, Francisco de Paula Antunes. Ética e trabalho. In: GOULART, Íris Barbosa (Org.). *Psicologia organizacional e do trabalho:* teoria, pesquisa e temas correlatos. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

MAESTRI FILHO, Mário. *A servidão negra.* Porto Alegre: Mercado Aberto, 1988.

MARTINS, Ivan; STUDART, Hugo. *Bancos reagem à pressão por cotas.* Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoedinheiro/444/financas/bancos_cotas.htm> Acesso em: 11 ago. 2007.

MARX, Karl. *O capital:* crítica da economia política. São Paulo: Abril Cultural, 1984 (Os economistas).

MOURA, Clóvis. *Dialética radical do negro.* São Paulo: Anita, 1994.

MYERS, Aaron. O valor da diversidade racial nas empresas. In: *Estudos afro-asiáticos.* Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-546X2003000300005&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 12 ago. 2007.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. Uma avaliação dos balanços sociais das 500 maiores. In: *RAE electron.*, São Paulo, v. 4, n. 1, 2005 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-56482005000100002&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 6 set. 2007.

SANTOS, Hélio. A baixa diversidade étnico-racial no mundo do trabalho. In: GONÇALVES, Benjamin (Coord.). *O compromisso das empresas com a promoção da igualdade racial.* São Paulo: Instituto Ethos, 2006. p. 17-21.

SILVA, Paula Cristina da. *Negros à luz dos fornos:* representações do trabalho e da cor entre metalúrgicos baianos. São Paulo: Dynamis, Salvador: A Cor da Bahia, 1997.

A Discriminação no Contexto de Trabalho — o Caso dos Portadores de Lesões por Esforços Repetitivos

MARIA ELIZABETH ANTUNES LIMA

"É todo um clima de hostilidade, não só da chefia, mas também dos próprios colegas. Todo mundo se afasta de você." (Lesionada do setor metalúrgico)

"(...) Nós somos extremamente marginalizadas. De vez em quando, eu vou ao trabalho e um vira e fala assim: 'você devia pedir demissão... sabia que esse problema é um problema mental?' (...) Você é considerada incapaz, você é aquela que está encostada, que é mole, que não conseguiu superar seu problema psicológico." (Lesionada do setor bancário)

1. Introdução

Se consultarmos um dicionário à procura do sentido do termo "discriminação", poderemos encontrar algumas das seguintes informações: "trata-se da ação de separar um grupo social dos outros, tratando-o pior"; "é a ação de colocar à parte"; "separação imposta, mais ou menos radical, de direito ou de fato, de pessoas ou grupos sociais, de acordo com o nível de instrução, idade, sexo, etc.". O tipo de discriminação que pretendemos tratar neste artigo refere-se a um fenômeno relativamente recente (pelo menos no que diz respeito à extrema gravidade com a qual se apresenta) e que tem sido objeto de estudos e de reflexões de um grande número de pesquisadores no campo da saúde ocupacional: trata-se da discriminação de que têm sido vítimas os portadores de Lesões por Esforços Repetitivos (LER).[1] Sabemos que, há muito tempo, estas afecções foram identificadas e relacionadas com certas atividades profissionais, mas, nos últimos anos, o número de casos diagnosticados e reconhecidos no seu nexo causal com uma considerável gama de atividades assumiu uma dimensão alarmante, na maioria dos países industrializados.

(1) As LER têm sido mais comumente definidas como "afecções que podem acometer tendões, sinóvias, músculos, nervos, fáscias, ligamentos, isolada ou associadamente, com ou sem degeneração dos tecidos, atingindo, principalmente, porém não somente, os membros superiores, região escapular e o pescoço" (Normas Técnicas do INSS de 1993). Existe atualmente uma proposta, iniciada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, de mudança do nome dessas afecções para Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (DORT).

Digitalizado com CamScanner

Uma estatística parece-nos suficiente para ilustrar o que estamos afirmando: o relatório divulgado pelo NUSAT (Núcleo de Referência em Doenças Ocupacionais da Previdência Social), referente ao ano de 1997 e abrangendo todo o Estado de Minas Gerais, informava que as LER representavam 80,1% do total de benefícios concedidos por doenças ocupacionais. É importante ressaltar que, em segundo lugar, estavam os diagnósticos provisórios de LER (correspondendo a 13,45% do total), isto é, aqueles casos agrupados na categoria "suspeita de LER", cujo nexo causal ainda não foi completamente estabelecido.(2) Isto significa que todas as outras patologias ocupacionais reunidas representavam apenas 6,44% do total de benefícios por auxílio-doença. O índice de aposentadorias por LER era considerado *ainda mais alarmante* pelos autores desse relatório: 95,01% do total, correspondendo a 2.534 casos. Além disso, uma afirmação retirada da introdução desse documento serve perfeitamente para iniciar as reflexões que pretendemos desenvolver neste artigo:

> A polêmica envolvendo a questão das LER ou DORT (Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho), especialmente no que se refere ao diagnóstico e nexo das mesmas com o trabalho, cresce a cada dia e está longe de se resolver. Existe uma polarização na discussão, que muitas vezes vai para o campo ideológico e emocional, mascarando as verdadeiras causas e dificultando as possíveis soluções. Ao negar que estamos diante de um grave problema de saúde pública, especialistas de várias áreas do conhecimento, muitas vezes, procuram culpabilizar os indivíduos portadores das doenças, abordando a questão de forma fragmentada, distanciando-se das verdadeiras causas que devem ser buscadas nos ambientes de trabalho e nas formas como o trabalho moderno vem se organizando. (p. 2)

Esta afirmação contém pelo menos dois elementos que pretendemos tratar aqui: a polêmica em torno do diagnóstico das LER, como um grupo de doenças de origem ocupacional, e o esforço, claramente ideológico, no sentido de mascarar o nexo dessas doenças com certas atividades profissionais, por meio da tentativa explícita de culpabilizar o próprio doente e de desviar a discussão das verdadeiras causas: as transformações impostas ao mundo do trabalho, no decorrer dos últimos anos. Tudo isso tende a culminar em uma espécie de segregação dos portadores de LER, uma vez que este grupo passou a ser fortemente estigmatizado. Tal estigma é produzido nos seus ambientes de trabalho e continuamente reforçado nos consultórios médicos e psicológicos, nos serviços especializados em doenças ocupacionais, no próprio meio familiar e na sociedade em geral. A produção teórica sobre o assunto tem sido bastante eficaz no sentido de conferir uma falsa legitimidade a esse processo. Este é o objeto central do nosso artigo.

(2) Neste caso, segundo informa o próprio relatório, o trabalhador é afastado de suas atividades por um período de 45 dias, "a fim de que sejam feitas as investigações para confirmar o diagnóstico e o nexo da patologia com o trabalho". (p. 3)

2. A polêmica em torno do diagnóstico

O diagnóstico das LER representa talvez a questão mais complexa que tem sido posta aos profissionais e pesquisadores do campo da saúde ocupacional. Não resta dúvida de que se trata de um diagnóstico difícil, especialmente, nos estágios iniciais da doença, pois não pode ser realizado mediante métodos mais tradicionais. No entanto, cabe ressaltar que as LER não são as primeiras doenças cujo diagnóstico é essencialmente clínico, isto é, baseado, principalmente, nas informações trazidas pelo paciente, nem sempre passíveis de comprovação por meio de exames complementares. Além disso, é sempre importante frisar que essas afecções não são também as primeiras a atingir os indivíduos de forma diferenciada. Acreditamos que, em geral, podemos afirmar isto a respeito da totalidade das doenças, isto é, nem sempre todas as pessoas expostas aos mesmos fatores etiológicos de uma dada patologia serão igualmente afetadas. Portanto, assim como ocorre com muitas outras doenças, as LER são diagnosticadas, principalmente, pelas evidências clínicas e não atingem de forma homogênea os indivíduos expostos aos fatores de risco. Apesar disso, temos sido constantemente confrontados com argumentos baseados nessas duas características das LER por aqueles que tentam colocá-las como fruto de processos puramente psicológicos ou como mera simulação.(3)

Algumas vezes, esses argumentos vêm camuflados por um discurso pretensamente científico, que mal consegue esconder seu caráter ideológico. Cabe ressaltar, no entanto, que não pretendemos, com isto, descartar a importância de se envidarem esforços no sentido de aperfeiçoar o diagnóstico das LER, tentando estabelecer de forma mais segura o nexo causal entre os sintomas apresentados pelos pacientes e os fatores presentes na situação de trabalho. Além disso, temos enfatizado a importância do diagnóstico diferencial, isto é, consideramos essencial que tais esforços sejam direcionados também para a distinção entre essas patologias e outras cujos sintomas sejam semelhantes. O que estamos colocando em questão são as propostas de desvincular essas doenças da situação de trabalho, atribuindo-lhes outros diagnósticos, mas sem apresentar evidências suficientemente sólidas para sustentar tais propostas. É interessante observar que essas tentativas de esvaziamento do conteúdo ocupacional dessas patologias preenchem um amplo leque que vai da identificação das LER com doenças reumatológicas (sem qualquer nexo com o trabalho), passando pela sua vinculação a fenômenos puramente histéricos até chegarmos aos discursos mais sofisticados que tentam associá-las com processos psicossomáticos. Todas elas buscam, a partir de argumentos mais ou menos elaborados, negar o nexo entre as LER e os fatores relativos ao trabalho, associando-as a características pessoais, sejam elas orgânicas, psicológicas ou ambas. Seja qual for o caminho escolhido, o resultado é o mesmo, isto é, as dimensões relativas ao trabalho

(3) A este respeito, vale a pena lembrar uma medida recentemente tomada pelas empresas: a contratação de médicos ortopedistas com o objetivo de detectar quadros de LER entre os candidatos a emprego. É interessante observar que uma doença, cujo diagnóstico é considerado tão difícil quando é baseado em queixas apresentadas pelos trabalhadores que fazem parte do quadro efetivo da empresa, adquire fácil visibilidade quando se trata de detectá-la entre candidatos a emprego.

Digitalizado com CamScanner

perdem sua importância e as dimensões pessoais ocupam o seu lugar. Como tudo passa a ser percebido como um indício de fragilidade psíquica ou orgânica, ficam criadas as condições para que os indivíduos acometidos por essa doença passem a ser vítimas de todo tipo de preconceito. Ao responsabilizá-los pela sua própria doença, estaremos abrindo o caminho para a sua discriminação.

3. As tentativas de dissimular o nexo causal

Conforme já dissemos, essas tentativas passam basicamente por três caminhos: a atribuição das LER a fatores puramente orgânicos (herança genética ou deficiências adquiridas), a fatores psicológicos (conversão histérica ou processos psicossomáticos) ou à mera simulação de sintomas. Pretendemos aprofundar aqui a discussão a respeito do segundo grupo de fatores, não só por ser aquele que temos privilegiado nas nossas investigações, mas também por estar quase sempre presente nas situações que culminam na discriminação de que são vítimas os portadores de LER.(4)

Já foi dito que as LER fazem parte de um grupo de doenças cujo diagnóstico, nos estágios iniciais, é essencialmente clínico. Isto tem sido utilizado como pretexto para todo tipo de especulação, em torno das verdadeiras causas das queixas apresentadas pelos pacientes. Naturalmente, o caminho mais cômodo tem sido o de atribuir o problema às características (ou às estruturas) de personalidade, desvinculando-o, em maior ou menor grau, da situação de trabalho. Assim, temos aqueles que afirmam tratar-se de uma conversão histérica, negando a presença de um componente orgânico na doença e defendendo o tratamento psicoterápico ou psicanalítico como uma solução eficaz para o problema.(5) Um segundo grupo, apresenta um discurso mais sofisticado, na medida em que não descarta a importância dos fatores relativos ao trabalho na etiologia da doença nem a presença da lesão. No entanto, sua argumentação não resiste a uma análise mais cuidadosa: ela apresenta um viés claramente psicologizante, na medida em que abandona gradativamente a situação de trabalho e privilegia os fatores intrapsíquicos na determinação da doença. Assim, a relação entre a psiquê e o soma passa a ser vista como o resultado de processos exclusivamente intrapsíquicos, desconsiderando (ou subestimando) a importância das dimensões sociais, econômicas, além daquelas relativas à situação de trabalho.(6)

Ora, não é difícil concluir que essas análises suscitam uma forte adesão, não apenas por sua fácil assimilação, já que são simplistas e reducionistas, mas, principalmente, porque contribuem para desvincular a doença da situação de trabalho, o que é bastante providencial para as empresas cujos processos de trabalho são patogênicos.(7) Ao individualizar o

(4) Os resultados dessas investigações foram publicados na coletânea intitulada "LER — dimensões ergonômicas e psicossociais", em 1997.

(5) Lucire Yolandê, na Austrália, e sua discípula brasileira Maria Celeste Almeida, são duas autoras que defendem essa posição. Cf. CODO, W & ALMEIDA, M.C. (1995).

(6) Discutimos longamente esta questão em um artigo intitulado "Saúde mental e LER — a dimensão psicológica das LER", a ser publicado em uma coletânea organizada pela FUNDACENTRO.

(7) Vale a pena citar aqui alguns trechos da argumentação apresentada pelo advogado de uma empresa de MG, levada à justiça por uma ex-empregada, portadora de LER e aposentada por invalidez. Este

processo de adoecimento e culpabilizar o doente, elas criam condições propícias para a sua discriminação. Parece-nos evidente que esse tipo de postura ante a doença dificulta (ou mesmo impede) as formas mais coletivas de defesa desses indivíduos. Estando isolados e, mais do que isto, sentindo-se responsáveis pelo próprio adoecimento, ficarão muito mais indefesos e sofrerão, de forma mais intensa, os impactos dos mecanismos já estabelecidos para intimidá-los e obrigá-los a renunciar à defesa dos seus próprios direitos. É importante ressaltar que algumas dessas análises enviezadas que criticamos acima têm o respaldo de representantes respeitáveis da comunidade científica nacional e internacional. Isto confere uma aparência de legitimidade às práticas desumanas adotadas no tratamento dado a esses pacientes (nos ambulatórios médicos das empresas, nos órgãos do Estado encarregados do diagnóstico e das perícias médicas, nas empresas ou mesmo no próprio meio familiar) e que nos têm sido frequentemente relatadas no decorrer desses anos de pesquisa. O descrédito que se instala em torno desses indivíduos só não é maior do que a desumanidade com a qual são tratados nesses diversos espaços, onde deveriam, pelo contrário, ser acolhidos, cuidados e, acima de tudo, respeitados. Não é por acaso que muitos começam a apresentar quadros graves de depressão, frequentemente acompanhados de ideias suicidas.(8)

Os relatos abaixo, referentes a três portadores de LER de uma empresa do setor alimentício do Espírito Santo(9), ilustram perfeitamente as questões que estamos tratando aqui:

> *Caso 1* — M. A. foi auxiliar de produção nessa empresa durante sete anos, tendo adquirido LER neste período. Submeteu-se a uma cirurgia que prometia

advogado recorreu às análises de Almeida (1995) nos artigos onde a autora apresenta as LER como fruto de uma conversão histérica, apresentada por pessoas com certas características de personalidade. Além disso, durante todo o tempo, ele tenta associar a doença com insatisfações relativas ao trabalho, "sentimentos de frustração, raiva, medo de retornar ao trabalho e depressão". Tudo isso, é apoiado pelo argumento de que "a pesquisa clínica, laboratorial e os exames subsidiários não revelaram alterações que justifiquem os sintomas". Busca o respaldo de Almeida (*op. cit.*) para afirmar que se trata de um problema psicológico e decorrente da própria história do paciente, já que nem todos adoecem, mesmo estando expostos às mesmas condições de trabalho. Ele argumenta, enfim, sempre recorrendo a Almeida, que as LER não passam de um sintoma de algo que não vai bem com o paciente e que seria comunicado por meio das queixas de dor. Essas afecções seriam, portanto, o resultado de "problemas psicológicos", e não de uma sobrecarga física proporcionada pela situação de trabalho. O advogado conclui que a questão não é tão simples como pretende a Reclamante, não bastando a existência de nexo causal entre a doença profissional e o exercício das funções repetitivas para se demonstrar que houve culpa por parte do empregador. Talvez seja desnecessário dizer que a "Reclamante" em questão perdeu a causa. Mas o que é mais interessante neste caso é ressaltar como essa visão psicologizante das LER tem servido, na prática, para descaracterizá-las como doenças do trabalho, isentando as empresas de qualquer responsabilidade.

(8) Não deixa de ser interessante ver o círculo vicioso, iniciado com a culpabilização do doente, fechar-se neste momento, em que médicos e psicólogos, percebendo o quadro depressivo apresentado por esses pacientes, começam a atribuir a este quadro a causa dos seus problemas. Assim, para coroar um diagnóstico que já nasceu equivocado, não poderíamos esperar nada mais do que um equívoco ainda mais grave, que é o de considerar o efeito como causa.

(9) Estes relatos foram publicados no Jornal do Sindialimentação de Vitória, ES, em 12.5.1998.

Digitalizado com CamScanner

alívio para as dores e a fraqueza que sentia na região que vai do pulso ao ombro direitos, mas não conseguiu nenhum alívio para os sintomas. Nas suas próprias palavras: *"pensei que teria cura, mas só obtive uma cicatriz. Perdi 40% dos movimentos da minha mão direita por causa da LER. É uma dor insuportável que não dá pra definir. Às vezes, coloco o pulso no congelador para ver se a dor diminui. Hoje me sinto um inútil, um incapacitado. Com 31 anos, sou uma pessoa limitada."* Mas ele vai ainda mais longe no seu depoimento, ao referir-se claramente ao tema central do nosso artigo: a discriminação. Admite que suas dores são fortes, mas afirma que a dor maior vem da discriminação que sofre quando vai procurar emprego. O carimbo na sua carteira de trabalho, informando que é portador de doença ocupacional, contribui para aumentar essa discriminação, pois o empregador, ao perceber essa informação, descarta-o imediatamente. Segundo ele, *"as empresas não querem assumir um doente. Elas sempre falam que depois entram em contato, mas é mentira"*.

Caso 2 — N. V. tem apenas 27 anos, adquiriu LER na mesma empresa e hoje tem dificuldades para escrever, lavar, passar e realizar outras atividades simples do cotidiano, como descascar uma fruta. Não consegue segurar o filho de dois anos no colo por mais de dois minutos: *"eu adoro crianças e é muito triste não poder estar mais próxima dos meus dois filhos. Quase entrei em depressão porque não conseguia segurá-los para amamentar."* Ela relata a discriminação que sofreu quando procurou o INSS durante sua gestação, já que as dores aumentaram e os locais afetados pela doença incharam ainda mais: *"eles duvidavam da minha doença e falavam: 'se você é doente, então por que engravidou?'"* E acrescenta: *"eles (os médicos) não examinam. Se eu falar que meu nome é João, ele nem vai perceber porque nem olha pra ver se é homem ou mulher."*

Caso 3 — G. N. tem 37 anos e trabalhou durante 12 anos na mesma empresa, quando as dores que sentia nos punhos estenderam-se para os cotovelos e ombros. Na época, o problema das LER ainda era relativamente desconhecido e fizeram um diagnóstico equivocado. Hoje, ela afirma que está impossibilitada de realizar as atividades mais banais no seu dia a dia, tais como escovar os dentes, amarrar o cadarço ou abotoar os botões da calça. Afirma também que, de todo o sofrimento pelo qual tem passado, o mais insuportável é a indiferença que percebe no tratamento dado ao paciente no INSS: *"não há gente humana naquele lugar."* Sua perícia foi negada quatro vezes e tem medo de retornar: *"sinto dores, mas não volto lá. A gente sofre muita humilhação."* Na empresa, o tratamento não foi diferente: em dezembro de 97, foi colocada a seguinte observação na sua CAT: *"a paciente está reabilitada e possui antecedentes psiquiátricos de depressão."*

Relatos, como estes, aparecem com frequência nas pesquisas, nas publicações ou nos colóquios sobre saúde ocupacional. Certamente, eles soarão como algo bastante

familiar para aqueles que estão em contato constante com o problema. Nossa intenção, ao trazê-los aqui, foi a de revelar um drama, mediante o próprio discurso daqueles que o vivem, pois, certamente, nenhuma análise seria capaz de fazê-lo de forma tão comovente.

4. Onde estariam as verdadeiras causas da LER?

A maior parte das críticas que temos apresentado aos teóricos e profissionais que propõem outros diagnósticos para as LER dirige-se contra a fragilidade de sua argumentação. Esta não tem o respaldo de evidências empíricas ou clínicas consistentes, não conseguindo disfarçar seu caráter especulativo. Mas, acima de tudo, ela tem se revelado incapaz de apresentar as razões pelas quais as entidades nosológicas propostas para substituir o diagnóstico das LER assumem, neste momento, um caráter epidêmico. Em outras palavras, no nosso entender, não é suficiente afirmar que os diagnósticos de LER estão equivocados, apresentando um outro quadro clínico para ocupar o seu lugar. É necessário comprovar esta afirmação, por meio de evidências clínicas cujas determinações sócio-históricas estejam solidamente estabelecidas.(10)

É por isso que não poderíamos omitir, nessa discussão, nossas próprias conclusões a respeito dos determinantes sociais das LER.(11) Ou seja, pretendemos apresentar, ainda que seja rapidamente, nossa visão sobre as razões pelas quais essas afecções têm atingido níveis tão alarmantes, no decorrer dos últimos anos. No nosso entender, este aumento crescente dos casos de LER é o resultado de processos que já estavam em curso no mundo do trabalho há várias décadas, mas que tendem a ser cada vez mais reforçados, tais como: a introdução massiva da informática nos processos de trabalho, as exigências crescentes de qualidade e de produtividade e a adoção de sucessivos modelos gerenciais com a finalidade de dar suporte a tais exigências. Tudo isso tem implicado mudanças nas formas de trabalhar, no ritmo imposto aos trabalhadores, nas pressões que se tornam cada vez maiores, principalmente, se considerarmos os impactos da chamada globalização da economia, no mundo de trabalho. As empresas passam a competir em um mercado progressivamente mundializado e têm que responder a exigências inéditas de melhoria na qualidade dos seus produtos e serviços, de redução de custos e de prazos e de aumento nos padrões de produtividade. Tudo isto se traduz em dificuldades crescentes para os trabalhadores que, diante das altas taxas de desemprego, ficam impossibilitados, inclusive, de diversificar suas atividades, trocando eventualmente de empresa e modificando o tipo de desgaste provocado pelo trabalho. Ao tentar responder a essas exigências e preservar seus empregos, muitos adoecem, sendo que as LER têm sido as afecções detectadas com mais frequência. A explicação para isto pode ser encontrada nessas inovações incorporadas aos processos de trabalho, pois, além da repetitividade dos gestos que elas implicam, temos observado a intensificação do ritmo de trabalho,

(10) As bases para a compreensão da determinação social das doenças já foram lançadas há muito tempo e por isto achamos desnecessário resgatar toda essa discussão, neste momento.

(11) Sobre as evidências clínicas e as formas de dar maior precisão ao diagnóstico, estabelecendo o nexo causal com a situação de trabalho, existe já uma grande variedade de publicações na área médica.

Digitalizado com CamScanner

o aumento da pressão sobre os trabalhadores, a cobrança de resultados, o incentivo à concorrência entre colegas e o recurso a processos de avaliação que privilegiam a quantidade, a qualidade e a obediência a prazos cada vez mais curtos e inflexíveis. Tudo isso, sem a devida preocupação com as medidas que poderiam prevenir ou minimizar o problema, tais como: o estabelecimento de pausas, de rodízios, o enriquecimento das atividades ou as mudanças nos estilos de supervisão. O que temos visto é, no máximo, uma preocupação com a melhoria das condições físicas do trabalho, o que se traduz, geralmente, em equipamentos e em mobiliário que proporcionem mais conforto. Cabe ressaltar, no entanto, que, em geral, todo esse conforto é recuperado pelos fatores patogênicos presentes na organização do trabalho, o que pode levar ao adoecimento ainda mais rápido. Apenas para ilustrar o que estamos dizendo e, ao mesmo tempo, reforçar nossa tese de que as transformações atuais têm raízes em processos bem anteriores, vamos trazer uma pequena citação de Le Guillant (1984), referindo-se às mudanças introduzidas nas empresas francesas, durante a década de 1950: ao falar do que chamava naquela época de *"condições modernas de trabalho"*, este autor observou que ocorria uma grande intensificação no ritmo das atividades e que *"um certo conforto, a climatização, a redução dos ruídos, a decoração dos locais de trabalho* (vinham) *paradoxalmente, permitir uma maior rapidez e uma maior fadiga"*. Le Guillant reconhece que progresso técnico e intensificação do trabalho não estão necessariamente vinculados, mas observa que *"toda a estrutura das empresas e dos serviços, desde o cálculo do tempo pelos técnicos, passando pelo sistema de controle e de retribuição, tende para a aceleração"*.

5. À guisa de conclusão

O principal propósito deste artigo foi o de desvendar as formas pelas quais tem sido engendrada uma nova forma de discriminação na nossa sociedade: aquela de que têm sido vítimas os portadores de Lesões por Esforços Repetitivos. Vimos que essa discriminação pode manifestar-se de forma grosseira, quando se atribui ao doente a pecha de simulador ou quando este é diagnosticado como histérico. Mas ela pode também manifestar-se de forma sofisticada, recorrendo a um discurso pretensamente científico, quando busca sustentação em teorias, como a psicanálise, por exemplo, para afirmar que a lesão ocorre em um "órgão alvo" cuja "escolha" é fruto de "processos inconscientes".

A sua forma mais cruel de manifestação ocorre, no nosso entender, quando o doente é visto como mero simulador, pois, neste caso, a exceção é transformada em regra e generaliza-se, para todo um contingente de trabalhadores, o comportamento de uma minoria. Aqueles que aderem a esse discurso recusam-se a fazer um simples exercício de bom senso: interrogar-se sobre a real possibilidade de que milhares de trabalhadores, em diversas partes do mundo, comecem a simular (quase que simultaneamente) os mesmos sintomas. Tal recusa é facilmente compreensível, pois, ao refletir sobre o verdadeiro significado da posição que defendem, estariam se arriscando a

colocar em xeque suas próprias convicções. Por outro lado, uma forma, sem dúvida, perversa de manifestar essa discriminação encontramos entre aqueles que recorrem às teorias sobre os processos inconscientes para explicar os sintomas apresentados pelos portadores de LER, pois sugerem que suas conclusões são baseadas em dados objetivos, cientificamente estabelecidos e que, portanto, não podem ser entendidas como uma visão distorcida do problema. Além disso, o indivíduo fica reduzido à condição de absoluta impotência, já que não tem controle sobre os mecanismos que conduzem ao seu adoecimento.(12)

Finalmente, gostaríamos de abordar aqui uma forma sutil de discriminação que temos presenciado com frequência nos nossos contatos com profissionais responsáveis pelo atendimento de portadores de LER. Trata-se de uma queixa comum entre estes profissionais: a de que os pacientes que adquiriram LER no trabalho apresentam quadros mais graves e respondem mais lentamente ao tratamento do que aqueles que adquiriram a doença em outro contexto, como, por exemplo, mediante a prática de algum esporte. Concluímos que esse tipo de observação pode ser entendido como uma manifestação sutil de discriminação, na medida em que, muitas vezes, não ocorre em um contexto onde é feito um esforço genuíno no sentido de obter uma resposta objetiva para essa diferença, mas, ao contrário, deixa-se no ar a ideia de que existe "algo de errado" com esses pacientes. No entanto, se recorrermos aos profissionais que tentaram efetivamente obter uma resposta para essa diferença, poderemos encontrar algumas informações interessantes. Brandimiller (1993), por exemplo, oferece alguns elementos importantes para a compreensão dessa resposta diferenciada ao tratamento. Ele começa pela constatação de que, no contexto de trabalho, essa lesão *"apresenta uma característica fundamentalmente diversa da que ocorre nas atividades desportivas, em músicos ou mesmo no trabalho artesanal"*. Segundo ele, *"nestas atividades também ocorrem episódios de LER, porém muito raramente isto leva à invalidez permanente"*. E constata também que, neste tipo de situação, os primeiros sintomas normalmente são vistos como sinal de alerta, permitindo a busca de alternativas para prevenir uma nova ocorrência, tais como: alteração da posição de trabalho, estabelecimento de pausas, alternância de atividades, diminuição da cadência ou busca de formas que permitam reduzir o esforço. No entanto, quando o problema ocorre no contexto de trabalho assalariado, *"esse processo de autodefesa é suprimido: a cada episódio inflamatório agudo sucede-se o retorno ao mesmo trabalho repetitivo que ocasiona a lesão e, inevitavelmente, novo episódio inflamatório"*. O autor constata, neste caso, um *"círculo vicioso"* que culmina em *"casos crônicos de lesões"* ou em *"espessamento irreversível de tendões, sinóvias, com incapacidade permanente"*. Finalmente, aborda o que chama de *"evolução paradoxal"* das LER no contexto de trabalho assalariado, em que *"uma ocorrência 'benigna' como tenossinovite inicial, decorrente de um agente externo e de fácil cura e prevenção"*, transforma-se *"numa condição grave, incapacitante e irreversível"*.

(12) Conforme já discutimos anteriormente, esse discurso camufla seu viés psicologizante, ao admitir a existência da lesão e a contribuição dos fatores relativos ao trabalho para o adoecimento. Na nossa opinião, isto o torna ainda mais perverso.

Digitalizado com CamScanner

Toda essa discussão nos faz concluir que a discriminação de que têm sido vítimas os portadores de LER ocorre sempre em um contexto em que persiste a recusa (explícita ou não) de se considerar a real importância da situação de trabalho vivida pelo indivíduo. Quando os pesquisadores ou os profissionais encarregados de diagnosticar, prevenir ou tratar o problema se dispõem a analisar as condições concretas sob as quais esse indivíduo trabalha, deparam-se com a possibilidade de encontrar as verdadeiras respostas para suas dúvidas. Mas, se encontrarem essas respostas, como poderão continuar defendendo suas posições preconceituosas e discriminatórias?

Referências bibliográficas

ARAÚJO, J. N. G.; LIMA, M. E. A.; LIMA, F. P. A. *LER* — dimensões ergonômicas e psicossociais. Belo Horizonte: Health, 1997.

BRANDIMILLER, P. Movimento repetitivo: a ponta do *iceberg*. In: *A saúde no trabalho bancário*. São Paulo: INST, CUT, CNB, 1993.

CODO, W.; ALMEIDA, M. C. *LER* — diagnóstico, prevenção e tratamento. Petrópolis: Vozes, 1995.

LE GUILLANT, L. *Quelle psychiatrie pour notre société?* Paris: Érès, 1984.

Discriminação Etária nas Relações de Trabalho

DANIELA LUSTOZA MARQUES DE SOUZA CHAVES

Esses atores "envelhescentes" pedem voz. Reivindicam luz sobre si. Necessitam de visibilidade. Eles ainda possuem esperança em mudar a sinfonia que toca incessantemente em todos os recantos do mundo contemporâneo e, transformando-a, alcançar o seu lugar no mundo. Voltando ao trabalho, voltam, enfim, a viver.

1. Discriminação nas relações de trabalho

A dificuldade em se obter um posto de trabalho, nos dias de hoje, está cada vez maior. Muitos são os trabalhadores que precisam se manter no mercado de trabalho e optam — sem escolha — por postos de trabalho pracarizados, "bicos", sem registro em CTPS. Alguns desistem de procurar uma vaga e entram para o grupo dos desalentados, aqueles que nem sequer procuraram trabalho nos últimos trinta dias.

As revistas e jornais, nos últimos meses do ano de 2009, estamparam a crise financeira mundial e, consequentemente, a crise no emprego, com a perda dos postos de trabalho e aumento do contingente de trabalhadores sem emprego, diminuindo, consideravelmente, as chances de obtenção de nova colocação em pequeno espaço de tempo.

A revista *Carta Capital*, em 25.3.2009, publicou tradução de artigo em *The Economist* sobre a crise do emprego em razão da recessão econômica mundial. Relata que o índice de desemprego nos Estados Unidos alcançou o patamar de 8,1% em fevereiro de 2009, o maior em um quarto de século. Acrescenta que a Organização Internacional do Trabalho — OIT — estima que o número de trabalhadores desempregados nas economias emergentes cresceu 8 milhões no ano de 2008, passando a 158 milhões, podendo haver mais de 32 milhões de desempregados no mundo emergente no ano de 2009 (*Carta Capital*, 25.3.2009, ano XV, n. 538, p. 34-38).

Por si só, portanto, a procura por "um lugar no mundo" por meio do trabalho demanda muita persistência. Exigem-se, a cada dia, mais habilidades e competências, além de características pessoais como flexibilidade.

Como se não bastasse, alguns grupos de trabalhadores ainda encontram muita dificuldade na (re)inserção no mercado de trabalho. Negros, mulheres e jovens experimentam a discriminação nas relações de trabalho. Alguns idosos, mesmo aposentados,

Digitalizado com CamScanner

precisam complementar a renda familiar e também enfrentam percalços no retorno às atividades.

Mas não é só. Nos dias de hoje surge um novo grupo de trabalhadores que sofre com a discriminação imposta pelo modelo atual de mercado de trabalho. São trabalhadores com cerca de 40 anos, muitas vezes somente 35 anos, que estão plenamente ativos, mas encontram muitas portas fechadas para obtenção de um posto de trabalho, além de dificuldades em manter o trabalho. São os "envelhescentes", trabalhadores adultos, em "meio caminho"(1).

A Constituição da República do nosso país afasta qualquer forma de discriminação. Logo em seu preâmbulo, exorta a igualdade e a Justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, devendo ser asseguradas pelo Estado Democrático.

O princípio constitucional da igualdade é assegurado no art. 5º da Constituição denominada cidadã: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

O art. 7º, inciso XXX, proíbe qualquer diferença salarial, de exercício de funções e critério de admissão em razão de sexo, idade, cor ou estado civil.

A legislação infraconstitucional disciplina a matéria no Diploma Legal n. 9.029, de 13.4.95, que proíbe, em seu primeiro artigo, "adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil situação familiar ou idade".

Em que pese o princípio constitucional da igualdade, assegurado, portanto, na maior lei que um país pode ter e na legislação infraconstitucional, os jornais estampam, diariamente, anúncios de emprego discriminatórios e a Justiça depara-se com demandas que indicam o desrespeito à norma constitucional.

Já em 1951, a OIT editou a Convenção n. 100 para combater a discriminação nas relações de trabalho, propagando a igualdade de remuneração entre homens e mulheres em trabalho de igual valor. Com a Convenção n. 111, o combate às práticas discriminatórias tornou-se mais visível internacionalmente:

> Art. 1º Para os fins da presente convenção o termo "discriminação" compreende:
>
> a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

(1) "Envelhescentes" é termo usado pelo escritor Mário Prata em sua crônica "Você é um envelhescente?", onde descreve pessoas entre 45 e 65 anos como envelhescentes, uma preparação para entrar na velhice, compreendendo o período entre a maturidade e a velhice (PRATA, Mário. *Você é um envelhescente?* Disponível em: <http//www.marioprata.com.br>). Em "meio caminho" são trabalhadores que se encontram ativos para o trabalho, não obtiveram os requisitos necessários à aposentadoria, mas não conseguem mais trabalhar por falta de opção.

> b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

A Convenção n. 111 da OIT foi aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, 1958, sendo inspirada na Declaração de Filadélfia e na Declaração Universal dos Direitos do Homem. O Brasil ratificou o instrumento em 26.11.65, entrando em vigor no país um ano após a ratificação, em 26.11.66. Além da Convenção n. 111, a OIT também editou a Recomendação n. 111, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1998. p. 245).

A OIT, em sua 91ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em 2003, conceituou a distinção entre a discriminação direta e indireta, esta última quando se verifica tratamento formalmente igualitário, mas, em sua substância, discriminatório:

> La discriminación em el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando la normativa, las leyes o las políticas, excluyen o desfavorecen explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil o el sexo (...) Los anuncios de ofertas de empleo em los que se excluye o se desalienta, abiertamente as los aspirantes casados o mayores de cierta edad, o de determinado color de piel o complexión física, constituyen otro ejemplo de discriminación directa. La discriminación directa suele asentar-se em los prejuicios y los esteriotipos(2). Al acuñarse estereótipos se atribuyen a las personas actitudes y aptitudes determinadas, o la falta de estas últimas, atendiendo a su pertenencia a um colectivo racial, sexual, religioso u otro, e independientemente de sus cualificaciones y experiencia laboral.
>
> Puede haber discriminación indirecta cuando unas disposiciones y prácticas de carácter aparentemente imparcial redundan em perjuicio de gran numero de integrantes de um colectivo determinado, independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el pueto de trabajo de que se trate. El concepto de discriminación indirecta es particularmente útil a la hora de formular pautas de actuación. Permite comprobar que la aplicación de una misma condición, um mismo trato o uma misma exigência a todos por igual puede arrojar resultados sumamente desiguales atendiendo al modo de vida y lãs características personales de cada indivíduo (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *La hora de la igualdad em el trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo. 91ª reunión 2003. Informe Global. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.GLOBALREPORTDETAILS?var_language=SP&var_PublicationsID=119&var_ReportType=Report>).

A discriminação nega o princípio da igualdade, manifestando-se tanto diretamente como indiretamente, sendo objeto de preocupação dos organismos internacionais há muito

(2) O Ministério do Trabalho descreve estereótipo: "(...) embora possua nome complicado, tem funcionamento que pode ser comparado a um simples carimbo. Uma vez 'carimbado' os membros de determinado grupo como possuidores deste ou daquele 'atributo', as pessoas deixam de avaliar os membros desse grupo pelas suas reais qualificações e passam a julgá los pelo carimbo (...) Preconceito é uma indisposição, um julgamento prévio, negativo, que se faz de pessoas estigmatizadas por estereótipos. Discriminação é o nome que se dá para a conduta (ação ou omissão) que viola direitos das pessoas com base em critérios injustificados e injustos tais como a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e outros (MTE citado por MARQUES, Christiani. *O contrato de trabalho e a discriminação estética*. São Paulo: LTr, 2002. p. 175-6).

Digitalizado com CamScanner

tempo. A discriminação indireta mostra-se, muitas vezes, silenciosa e de difícil comprovação para aquele trabalhador que busca o Judiciário objetivando possível reparação.

Porém, casos vêm sendo apreciados no âmbito da Justiça, com sucesso na apresentação de provas da conduta discriminatória e afrontosa à Constituição, destacando-se trabalhadores integrantes de grupos mais vulneráveis no mercado de trabalho.

2. Grupos vulneráveis

O mercado de trabalho sofreu mudanças significativas desde a década de 1990. O "longo prazo" nos postos de trabalho passou a não mais existir e os empregos formais diminuíram sensivelmente.

Terceirização, privatização, reestruturação, reengenharia, planos de demissão voluntária foram os objetivos que permearam os anos noventa, aumentando os postos precarizados e a informalidade. Muitos trabalhadores, que passaram longo período em um só emprego, aderiram aos planos de demissão voluntária e perderam-se nos caminhos de um mercado de trabalho impiedoso, já que a força de trabalho deveria mostrar-se altamente produtiva e estereótipos invadiam a mente dos condutores do capital.

São jovens, mulheres, negros e trabalhadores com 40 anos ou mais, que, muitas vezes, obtêm colocação no mercado de trabalho por meio de uma inclusão-excludente, sendo absorvidos em condições inferiores em relação a remuneração, benefícios, jornada de trabalho:

> Esses segmentos de trabalhadores vêm encontrando dificuldades em relação ao acesso aos postos de trabalho, à remuneração igualitária em razão de idênticas funções, assim como à obtenção da proteção da seguridade social, face à precariedade a qual têm que se submeter, inseridos em um contexto discriminatório que parece afastá-los dos postos de trabalho (CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. *Mercado de trabalho e discriminação etária:* a vulnerabilidade dos trabalhadores "envelhescentes". São Paulo: LTr, 2006. p. 89).

Em que pesem os avanços em relação ao espaço das mulheres no mercado de trabalho, as pesquisas e veículos de comunicação ainda noticiam a emblemática distância em relação aos homens. Em publicação de 8.3.2009, a *Folha de S. Paulo* destacou que a renda média da mulher ainda é menor do que a dos homens:

> Das 62 profissões onde foi possível comparar o rendimento de homens e mulheres na mesma ocupação, pela Pesquisa Nacional por Amostra dos Domicílios, do IBGE, em apenas um caso — professores do ensino fundamental com formação de nível médio — a renda do trabalho delas era superior.
>
> Ainda assim, a diferença encontrada — de 2% a mais para elas — fica dentro da margem de erro da pesquisa.

> Como a Pnad é uma pesquisa amostral, não é possível comparar o rendimento em todas as ocupações. Para garantir que as margens de erro não fossem superiores a 10%, a Folha comparou apenas profissões com mais de 100 mil trabalhadores na pesquisa.
>
> A diferença, na média, a favor dos homens aparece tanto no caso de ocupações de baixa qualificação — como trabalhadores rurais — quanto naquelas em que somente pessoas com nível superior podem exercer — caso de advogados, médicos ou professores universitários.
>
> Essa desigualdade ocorre até em ocupações onde as mulheres são majoritárias, como trabalhadores de serviços domésticos (94% de mulheres trabalhando) ou costureiros (89%).
>
> Para a economista da Universidade Federal Fluminense Hildete Pereira de Melo, não há dúvida de que boa parte da diferença de rendimentos na mesma função é fruto da discriminação. "Em praticamente todas as profissões, mesmo a mulher tendo igual qualificação, os cargos de chefia e gestão continuam sendo ocupados majoritariamente por homens. Isso é ainda mais comum nas carreiras de alta qualificação."
>
> A Pnad mostra, por exemplo, que as mulheres já representam 43% dos advogados, mas o rendimento delas equivale a apenas 72% do que recebe um homem na mesma ocupação.
>
> A diferença na média de rendimentos do trabalho ocorre também em profissões de menor qualificação. Um dos casos mais desiguais é o de trabalhadores na agropecuária. Nessa ocupação, a renda mensal das mulheres é de apenas R$ 27, ante R$ 190 dos homens (*Folha de S. Paulo*. São Paulo, 8.3.2009).

Não se pode esquecer que a mulher, mais frequentemente, submete-se à chamada "dupla jornada de trabalho" e passa mais tempo em busca de colocação no mercado de trabalho do que os homens:

> Além de serem maioria entre os desempregados brasileiros (56,4%), as mulheres passam mais tempo buscando uma colocação no mercado de trabalho do que os homens, segundo levantamento do Dieese.
>
> Na região metropolitana de Salvador, foram, em média, 73 semanas em 2007, contra 62 dos homens. Na região com menor tempo de procura, Porto Alegre, elas precisaram de 36 semanas para se recolocar no mercado de trabalho — os homens, cinco a menos. Em São Paulo, o período também foi equilibrado, com a mesma diferença contra o sexo feminino, que levou 50 semanas para arranjar um emprego (*Folha de S. Paulo*. São Paulo, 6.3.2008).

Além disso, a mulher ainda teme a perda do emprego em razão da ausência prolongada decorrente da licença-maternidade, e o avanço das mulheres no mercado de trabalho não impede que alguns empregadores exijam a comprovação de que as

Digitalizado com CamScanner

futuras trabalhadoras não engravidarão. É o que retrata o depoimento de ex-trabalhadora de empresa de telecomunicações na tentativa de obter um posto de trabalho:

> (...) tem empresas que até procuram saber se você fez laqueadura. Porque implica na contratação a mulher que não é ligada, como falam, pode vir a ter filhos e a engravidar outra vez, e engravidando vai implicar em licença-maternidade, né? Que são três meses. E isso pra empresa é "perca", né? São danos materiais (...) (CHAVES, Daniela, 2006. p. 170).

As mulheres negras, por sua vez, sofrem dupla discriminação: em razão do gênero e da cor da pele. Para Bruschini e Lombardi, a discriminação em razão da raça apresenta-se mais intensa do que a de gênero. Os homens brancos são os que melhor ganham, ocupando, também, as melhores posições no mercado de trabalho, seguidos das mulheres brancas, pelos homens negros e, por fim, pelas mulheres negras (BRUSCHINI, Cristina; LOMBARDI, Maria Rosa. Mulheres e homens no mercado de trabalho brasileiro: um retrato dos anos 90. In: MARUANI, Margaret; HIRATA, Helena (Orgs.). *As novas fronteiras de desigualdade:* homens e mulheres no mercado de trabalho. São Paulo: Senac, 2003. p. 328).

As posições precárias, frágeis, no mercado de trabalho, são, em sua maioria, ocupadas por mulheres negras. O trabalho doméstico é invadido por negras de baixa qualificação, refletindo a herança colonial do país escravagista.

Mulheres e negros destacam-se em relação à discriminação nas relações de trabalho, mas também compartilham da fragilidade para obtenção de um posto de trabalho os jovens e os trabalhadores mais velhos.

É a chamada discriminação etária. De acordo com Marcio Pochmann, desemprego juvenil é

> (...) a relação entre o contingente de desempregados na faixa de 10 a 24 anos e a População Economicamente Ativa de idêntica faixa etária. Utiliza-se um conceito mais amplo de jovem, já que não há parâmetros internacionais de uso contínuo. Há países que definem como jovens aqueles com idade entre 14 e 29 anos (Itália), outros entre 16 e 18 anos (Inglaterra), sendo a maior parte na faixa etária de 15 a 24 anos. No Brasil, tendo em vista a precocidade do ingresso de pessoas no mercado de trabalho, com menos de 14 anos de idade, optou-se por tomar como referência a população ativa com idade entre 10 e 24 anos. Dessa forma, o conceito de jovem envolveria a população adolescente (10 a 12 anos de idade), o adolescente-jovem (13 a 18 anos de idade) e o jovem adulto (19 a 24 anos de idade) (POCHMANN, Marcio. *O emprego na globalização*. São Paulo: Boitempo, 2001. p. 204).

Em razão de questões familiares e da falha no sistema educacional, contingente importante de jovens tenta ingressar no mercado de trabalho, mas encontra como barreira a ausência de experiência e qualificação, restando-lhe os postos precários e "bicos".

O sistema público de ensino não consegue manter os jovens nos bancos escolares, aliado à pobreza familiar, que estimula o ingresso precoce ao mercado de trabalho. Para Cacciamali e Braga, o nível de educação dos pais influencia na decisão de que os filhos prolonguem ou não o tempo de estudos e ingressem mais precocemente no mercado de trabalho, além das dificuldades econômicas familiares e o trabalho como maior independência dos jovens em relação às relações de consumo, já que a carência econômica limita suas possibilidades na sociedade de consumo (CACCIAMALI, Maria Cristina; BRAGA, Thaíz. A armadilha social destinada aos jovens: mercado de trabalho insuficiente, oferta educacional restrita e de baixa qualidade e ações públicas incipientes. In: CHAHAD, José Paulo Zaetano; CACCIAMALI, Maria Cristina (Orgs.). *Mercado de trabalho no Brasil*: novas práticas trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho. São Paulo: LTr, 2003. p. 474-475).

Em entrevista, Marcio Pochmann afirmou que em cada duas pessoas desempregadas, uma possui menos de 24 anos, sendo necessário a capacidade de construção de políticas voltadas aos contingentes mais frágeis de trabalhadores:

> (...) é fundamental que nós tenhamos a capacidade de constituir políticas voltadas para os segmentos mais frágeis.
>
> Temos uma transição ruim do sistema educacional para o mercado de trabalho. Lamentavelmente, não há uma boa política educacional que se aproxime do mundo do trabalho, do mundo da produção. É uma formação estanque, em que a partir da certificação, do conhecimento, o jovem, por si só, terá melhor oportunidade de ter um posto de trabalho, independente de relações mais permeáveis entre a produção e o trabalho. Nós temos vários países, dentre eles a Alemanha, que tem um sistema dual de ensino. Isso tem permitido, por exemplo, que lá as taxas de desemprego entre os jovens sejam muito menores que as dos adultos. Eu diria que isso é um indicador de que nós temos muito que fazer no Brasil em relação ao diálogo entre educação e trabalho.
>
> Ao mesmo tempo, teríamos que, no meu modo de ver, constituir um programa de garantia de renda ao jovem, para que ele pudesse levar mais adiante seu processo educativo e postergar o seu ingresso no mercado de trabalho (POCHMANN, Marcio. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=643>).

O que precisa ser destacado, com ênfase, é que as exigências estabelecidas pela dinâmica do mercado de trabalho criam o paradoxo da exclusão. De um lado, os jovens, sem experiência, encontram obstáculos para obter o primeiro emprego. No reverso, profissionais com maior tempo de atuação, após 40 anos de idade, em média, são considerados inservíveis a esse mercado, já que não possuem o viço, a dinâmica da juventude. Jovens e adultos experimentam a discriminação etária no mercado de trabalho.

Digitalizado com CamScanner

3. A "envelhescência"

Em sua crônica *Você é um envelhescente?*, o escritor Mário Prata chama atenção para a fase da vida daqueles que se encontram entre 45 e 65 anos, entre a maturidade e a velhice, como sendo a envelhescência:

> A envelhescência nada mais é que uma preparação para entrar na velhice, assim como a adolescência é uma preparação para a maturidade. Engana-se quem acha que o homem maduro fica velho de repente, assim, da noite pro dia. Não, antes a envelhescência (PRATA, Mário. *Você é um envelhescente?* Disponível em: <http//www.marioprata.com.br>).

Tomando de empréstimo a expressão cunhada pelo escritor, envelhescente é aquele trabalhador em meio caminho, que não possui o viço da juventude, mas não preencheu o percurso necessário para a "tranquilidade" na velhice. São considerados ultrapassados, não adaptáveis às inovações, enrijecidos, de alto custo, velhos.

A década de 1990 foi emblemática ao surgimento dos "envelhescentes" segregados do mercado de trabalho. Planos de demissão voluntária, o "sonho" do negócio próprio, reengenharia e reestruturação, flexibilidade como palavra de ordem.

Neste período, muitos trabalhadores com mais de 40 anos foram demitidos, aderiram aos planos de demissão voluntária ou mesmo foram pressionados a aderir, aumentando a massa de desempregados e de trabalhadores em condição precária. Segundo dirigentes sindicais, eram os elegíveis:

> Então, o plano de demissão voluntária era assim: você custa tanto pro banco e você deve decidir, ou você pede demissão ou pede sua transferência, e sua transferência está sujeito a você ser atendido em tais e tais cidades. Aí ele colocava a pessoa lá pro Acre, Amazonas, não sei onde, Curitiba, bem distante, que a tensão da pessoa e a pressão eram tão grandes que muitas dessas pessoas pediram demissão, porque além do salário já tá começando uma corrosão no salário, você ainda tinha que arrumar uma outra estrutura fora, porque sua família tava aqui, você ia levar sua família pra lá? Então, muitas pessoas saíram com o famoso PDV. Eles chamavam pessoas elegíveis. Então as *pessoas elegíveis* eles davam critérios: a questão da idade, a questão do tempo de serviço e do tempo de serviço no mesmo posto de trabalho, e se você, nesse período, estava custando quanto para o banco. Se você custava tanto, que o valor eu não me lembro na época, você tava custando muito caro para o banco, então você tinha que tornar-se mais barato, e como ia se tornar mais barato pro banco, como? Então eles faziam uma pressão tão grande que você terminava que saía do banco (CHAVES, Daniela, 2006. p. 154).
>
> Esse projeto neoliberal foi bem estudado. Veja bem. Eu tenho uma empresa, eu vou colocar uma mulher que já tem uma certa idade e tem dois filhos ou eu vou pegar uma mocinha muito bonita e jovem, que não tem filho?

> Então, isso aí, a classe patronal estudou muito bem, isso aí. Ela vai ter problema com filho em casa, a saúde dela já tá, não tá muito boa, até porque nós, eu hoje já sou uma pessoa com uma certa idade, beirando os cinquenta anos, já não tenho mais aquela força que eu tinha quando eu entrei aqui com 24 anos de idade... então, dentro do projeto neoliberal, o que ele diz: *o trabalhador é bom dos 25, depois dos 25 porque ele está ali responsável, até os 40, porque tem saúde.* Então, todas essas pessoas que foram demitidas, elas ficaram dentro do quadro do projeto neoliberal que tá descartando do mercado de trabalho: as pessoas não servem porque são um problema, vão muito ao médico (...) vão tirar muito atestado e pro projeto neoliberal isso não é viável: eu quero é produção, eu quero é lucro, não interessa! (CHAVES, Daniela, 2006. p. 143).

Os depoimentos registram os contornos discriminatórios que envolvem as relações de trabalho tanto em relação às mulheres como em referência às pessoas mais velhas. A ordem estabelecida pela década de 1990 afastou o longo prazo, a permanência dos trabalhadores por um longo período em um mesmo emprego.

Para Sennett, o lema "não há mais longo prazo" faz com que a carreira construída ao longo do tempo vá desaparecendo, mas valores como lealdade, confiança e compromisso mútuo somente são construídos com o passar do tempo (SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter:* as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 24).

A ausência de longo prazo favorece a fragilidade dos laços sociais: não há mais preocupação com o outro. Os mais velhos são considerados à margem e caracterizados com dificuldade de adaptação e aceitação às mudanças, em razão da família já estruturada, em contraposição aos mais jovens, tidos como flexíveis e de menor custo, já que não acumulam benefícios adquiridos no tempo:

> À medida que se acumula, a experiência da pessoa vai perdendo valor. O que um trabalhador mais velho aprendeu no correr dos anos sobre uma determinada empresa ou profissão pode atrapalhar novas mudanças ditadas pelos superiores. Do ponto de vista da instituição, a flexibilidade dos jovens os torna mais maleáveis tanto em termos de assumir riscos quanto de submissão imediata (...) (SENNETT, Richard, 2001. p. 111).

Diante dessa fotografia, os trabalhadores com 40 anos e mais são considerados "inúteis para o mundo", pessoas ou grupos que se tornaram supranumerários diante das competências econômicas e sociais (CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social:* uma crônica do salário. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 32).

"Inúteis para o mundo" em razão dos contornos da ordem econômica e social, mas que se encontram plenamente capazes física e mentalmente, buscando um lugar no mundo do trabalho, pois seu lugar no mundo só existe se obtiverem um lugar no mundo do trabalho.

Digitalizado com CamScanner

Beauvoir explica que o envelhecimento é caracterizado por um tipo de mudança, irreversível e desfavorável: um declínio. Prossegue afirmando que a expressão desfavorável, no entanto, implica um julgamento de valores. É dizer: o progresso ou regressão só existe em relação a um objetivo mirado:

> É no seio do empreendimento de viver que se estabelece a hierarquia das idades, e o critério é muito mais incerto. Seria preciso saber qual o objetivo e que visa a vida humana para determinar quais as transformações que a afastam e quais as que a aproximam desse objetivo (...) Definir para o homem o que é progresso ou regressão supõe que se tome como referência um determinado fim; mas nenhum é dado *a priori*, no absoluto. Cada sociedade cria seus próprios valores: é no contexto social que a palavra "declínio" pode adquirir um sentido preciso (BEAUVOIR, Simone. *A velhice*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. p. 17, 18 e 20).

A "sociedade cria seus próprios valores". Márcio Túlio Viana rememora que, um tempo atrás, ser velho

> não era estar fora de uso, mas, ao contrário, ter coisas para ensinar; era ser o pajé, o feiticeiro, o contador de histórias; era falar dos riscos e das belezas da vida, traduzir as vozes dos que já estavam na morte, era ser a memória da tribo.
>
> Algum tempo depois, ser velho já não era tudo aquilo, mas ainda assim era muita coisa. Era ser o pai que ensina o filho a semear o grão; ou a mãe, já grisalha, tecendo o fio no fundo da cabana. Nas cidades, era ser o mestre artesão — o conhecedor do mister e de todos os seus pequenos mistérios.
>
> Mais tarde, ser velho era ser o operário especializado, que — se já não sabia fazer o produto inteiro — pelo menos conhecia a máquina, com as suas manias e os seus macetes; e que, domado por ela, domava-a também, como o peão de rodeio faz com seu cavalo selvagem. Eram as mãos ainda sábias e hábeis, as rugas expressando autoridade, o olhar revelando experiências.
>
> (...) Mas hoje, para muita gente, ser velho não é nada disso. Na verdade, ser velho é quase não ter, ser velho é quase não ser (VIANA, Márcio Túlio. In: CHAVES, Daniela. Prefácio, 2006. p. 12).

A tradução das rugas e cabelos grisalhos na atual ordem econômica e social significa declínio para o trabalho, sendo o homem com mais de 40 anos sinalizado como "inservível" à dinâmica do mercado de trabalho.

Mas já em 1970, ao tratar sobre o tema, Beauvoir destacou que quase em todos os países as ofertas de trabalho anunciadas estipulavam como limite de idade 40 a 45 anos, o que pôde ser observado mesmo nos períodos de pleno emprego, acrescentando que, quanto maiores as empresas, maior a impaciência para eliminar pessoas mais idosas (BEAUVOIR, Simone, 1990. p. 279-280).

Em que pese não ser um fenômeno típico dos tempos atuais, a prevalência da economia em detrimento das questões sociais, principalmente nas últimas décadas, passou a evidenciar grupos de trabalhadores vulneráveis, principalmente quando se constata o aumento da expectativa de vida mundialmente.

A expectativa de vida aumenta, os cabelos grisalhos também, mas o período de vida útil para o trabalho é encurtado. Primeiramente, encontra-se dificuldade para se ingressar no mercado de trabalho em razão da juventude e inexperiência e, depois, para permanecer nos postos de trabalho.

Para Schirrmacher, até 2050 o número de idosos no mundo irá triplicar e o restante da população crescerá apenas 50% e, para que haja adaptação a esse fenômeno demográfico,

> (...) temos que revolucionar o modo como os idosos são vistos e tratados. Nossas sociedades não vão sobreviver se o seu maior grupo populacional for colocado à margem, como ocorre hoje. Tiramos dos velhos sua dignidade, seu posto de trabalho e sua biografia. São tratados como um estorvo, como seres improdutivos, sem memória, maçantes e fracos. Imagine uma sociedade em que metade da população sofre esses preconceitos. Esse será o mundo em que viveremos, se não mudarmos o conceito do envelhecimento a partir de agora. Será um mundo em que a metade mais jovem vai rechaçar a metade mais velha. E os idosos sentirão raiva de si mesmos por consumir os recursos da sociedade sem construir ou produzir nada (SCHIRRMACHER, Frank. A ditadura dos jovens. In: *Veja*. ed. 1867, ano 37, n. 33, ago. 2004, p. 13-14).

Num tempo em que a expectativa de vida aumenta, tornam-se mais evidentes condutas discriminatórias em relação aos grupos mais vulneráveis de trabalhador. Nos dias atuais, ser velho

> (...) é como uma caneta Bic, ou um lenço de papel Yes, que você esquece ou amassa, e vai deixando por aí. É como a frase que você deleta, a TV que você desliga, ou o amor fugaz de uma noite, que alguém usa como quer, descartando quando quiser.
>
> Num mundo que rompe, a cada instante, com o presente, ser velho é ter ligações com o passado, é denunciar — com as suas marcas — que o tempo já está indo, é mostrar, incomodamente, o que todos um dia serão.
>
> (...) Num tempo em que a ética é uma questão de estética, ser velho é também ser feio, e ser feio é uma coisa feia, tal como ser belo é uma bela ação. Pois é o belo que vende, esteja ele no interior do produto ou no próprio rosto do produtor (VIANA, Márcio Túlio. In: CHAVES, Daniela. Prefácio, 2006. p. 13).

Luzes estão sendo dirigidas às práticas discriminatórias pelos atores sociais. Políticas públicas, atuação sindical, ações investigativas e decisões judiciais vêm, paulatinamente, conquistando espaço, a fim de diminuir os efeitos perversos da discriminação no mercado de trabalho.

Digitalizado com CamScanner

4. Atuação dos atores sociais

A discriminação etária nas relações de trabalho, em particular das pessoas com 40 anos e mais, ganhou maior visibilidade a partir da década de 1990, quando muitos perderam os postos de trabalho, em razão dos programas de demissão voluntária, reengenharia e reestruturação das empresas.

Os efeitos passaram a ser sentidos pelos trabalhadores nessa faixa etária, que compõem o grupo de desempregados por longo período, não obtém recolocação no mercado de trabalho e sequer conseguem a aposentadoria, já que não implementam os requisitos necessários e não recolhem a contribuição previdenciária quando estão desempregados.

Para a tentativa de (re)inserção no mercado de trabalho, esses trabalhadores precisam manter a rede de relacionamento atualizada, pois as possibilidades podem aumentar em razão da indicação de um outro trabalhador. A (re)colocação pode surgir no magistério, onde a idade não parece óbice, bem como na atuação em consultorias. Mas tudo isso depende de variáveis, como grau de instrução e capacitação.

Por esse grupo ter se tornado mais visível, algumas iniciativas de políticas públicas surgiram para tentar amenizar a situação dessa parcela de trabalhadores colocados à margem.

Mediante a Lei n. 13.162/2001, regulamentada pelo Decreto Municipal n. 40.402, de 5.4.2001, foi instituído o programa *Começar de Novo* pela Prefeitura do Município de São Paulo – SP, a fim de estimular a (re)inserção no mercado de trabalho dos desempregados com idade igual ou superior a 40 anos e pertencentes a famílias de baixa renda (renda por pessoa da família igual ou inferior a 50% do salário mínimo).

Este programa foi intitulado Começar de Novo Renda, com capacitação para o mercado e atividades comunitárias e o recebimento de uma bolsa mensal em dois terços do salário mínimo nacional, com auxílio transporte, durante seis meses.

Em fevereiro/2003 foi lançado o Começar de Novo Emprego, firmando parceria com empresas e encaminhando-se os trabalhadores cadastrados para aquelas empresas que aderirem ao programa, sem ultrapassar o limite máximo de 5% de seus empregados (ALMEIDA, Rosa Maria Alves *et al.* Programas redistributivos. In: POCHMANN, Marcio (Org.). *Desenvolvimento, trabalho e solidariedade.* São Paulo: Fundação Perseu Abramo; São Paulo: Cortez, 2002. p. 112-116).

O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 3.561/1997, de autoria do então Deputado Paulo Paim, do qual resultou o Estatuto do Idoso, em seu Título II, "Dos direitos fundamentais", Capítulo III, "Da profissionalização e do trabalho", art. 13, previa que "as empresas de iniciativa privada com 50 ou mais empregados ficam obrigadas a destinar no mínimo 20% dos postos para trabalhadores com mais de 45 anos de idade". O único parágrafo do mencionado artigo estabelecia que "as instituições públicas

devem adequar os seus concursos para que seu quadro de servidores alcance o índice estabelecido neste artigo".

Porém, as discussões sobre o projeto de lei extraíram o grupo de trabalhadores com 45 anos de idade ou mais, entendendo-se que essas pessoas não poderiam ser beneficiadas pelo Estatuto do Idoso, já que a lei destinava-se àqueles com 60 anos e mais.

Ao final, a Lei n. 10.741, de 1º.10.03, Estatuto do Idoso, dispôs ser vedada a discriminação e fixação de limite máximo de idade para acesso a qualquer trabalho ou emprego, inclusive para concursos públicos, ressalvados casos que a natureza do cargo o exigir.

Projetos de Lei foram apresentados ao parlamento, tais como os PLs ns. 1.530/2003, 1.648/2003, 1.813/2003, 5.836/2005, 626/2007, beneficiando trabalhadores adultos, aqueles com 40 anos e mais. Porém, não há indicação de tramitação desde o ano de 2008. O PL n. 6.930/2006, de autoria do Senador Paulo Paim, institui o Programa Nacional de Estímulo ao Emprego de Trabalhadores Experientes — PNETE, igualmente sem tramitação desde 2008.

O parlamento voltou os olhos sobre esse segmento de trabalhadores, tentando estabelecer políticas públicas que contribuam para a melhora de sua situação no mercado de trabalho, ainda sem sucesso em relação a uma abrangência nacional.

O Ministério Público do Trabalho também vem atuando em defesa da observância ao princípio constitucional da igualdade e contra a discriminação nas relações de trabalho. Em setembro de 2005, o MPT ajuizou cinco ações civis públicas junto às Varas do Trabalho de Brasília – DF, em desfavor de instituições bancárias, requerendo a determinação judicial de obrigação de não fazer, a fim de que se abstivessem das condutas discriminatórias em relação ao sexo (ascensão funcional e remuneração), cor/raça (admissão no emprego, ascensão funcional e remuneração) e idade (pessoas com mais de 40 anos no tocante à admissão), além de indenização por danos morais coletivos[3].

Judicialmente, não houve sucesso quanto ao provimento dos pedidos. Uma das decisões recebeu a seguinte ementa:

> DISCRIMINAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. PROVA FUNDADA EM DADOS ESTATÍSTICOS. IMPOSSIBILIDADE. Não se pode imputar a uma empresa a prática da discriminação racial pela simples observância de incongruência na formação de seu quadro de empregados em relação à composição populacional do Estado, quando se sabe que este falha violentamente no respeito aos direitos e garantias fundamentais, e mais especificamente no tocante à formação educacional, negando semelhantes oportunidades de desenvolvimento aos cidadãos (Proc. n. 00936-2005-012-10-00-9-RO).

Em que pese a decisão judicial desfavorável, a iniciativa do MPT contribuiu para iluminar o tema da discriminação e fez nascer o compromisso da Federação Brasileira de Bancos — Febraban — em produzir pesquisa, denominada Mapa da Diversidade, sobre o perfil do profissional bancário, na qual são verificadas práticas discriminatórias.

(3) Dois processos foram tombados sob os números 00930-2005-016-10-00-7 e 00936-2005-012-10-00-9.

Digitalizado com CamScanner

O Mapa da Diversidade, divulgado no ano de 2009, constatou que há discriminação contra negros, mulheres e pessoas com deficiência no setor bancário e poderá subsidiar as negociações coletivas no setor a fim de evitar a discriminação, inserindo nos instrumentos coletivos a cláusula de diversidade. As mulheres, por exemplo, ganham 78% do salário dos homens e apenas cerca de 19% dos trabalhadores do setor são negros ou pardos. O segmento de trabalhadores com 40 anos e mais não foi contemplado pela pesquisa.

Os Sindicatos de classe também são atores sociais importantes no debate do tema em destaque. A convenção coletiva do Sindicato da Indústria da Fundição do Estado de São Paulo — SIFESP, com vigência entre 2007 e 2009, estabelece cláusula de diversidade:

> 70. DIVERSIDADE NAS CONTRATAÇÕES
>
> As empresas se comprometem em continuar a despender todos os esforços para que nas contratações seja observada a igualdade de oportunidades para os jovens entre 18 e 24 anos; pessoas com idade superior a 40 anos de idade, independente do sexo, origem étnica e religiosidade.

A denominada cláusula da diversidade pode ser considerada um avanço nas negociações coletivas, indicando preocupação com os trabalhadores com 40 anos e mais, e não apenas com jovens, mulheres e negros, grupos reconhecidamente vulneráveis no mercado de trabalho.

O Poder Judiciário Trabalhista, mediante atuação de seus magistrados, é importante protagonista social ao apreciar e julgar as demandas que lhes são submetidas sobre a matéria.

Já no ano de 2003, o Tribunal Superior do Trabalho proferiu decisão paradigmática sobre o tema:

> RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE. NULIDADE. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO. Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do poder potestativo, para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei n. 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.4.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da resilição unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de resilição contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no caput do art. 5º da Constituição Federal. Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista não conhecido relativamente ao tema (TST – 5ª T. – RR n. 462.888/98, unânime, Relator Juiz convocado André Luis Moraes Oliveira – DJ 23.9.2003).

Recentes julgamentos pelas Turmas do TST em sentido convergente:

> RECURSO DE REVISTA — DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA — IDADE — FATOR DISCRÍMEN — READMISSÃO — Das premissas fáticas lançadas pelo e. Tribunal Regional, evidenciou-se que a empresa utilizou-se de prática discriminatória ao dispensar 680 (seiscentos e oitenta) empregados, todos com 40 anos em média e às vésperas da aposentadoria. Mostra-se inconsistente, portanto, a denúncia de ofensa aos dispositivos constitucionais invocados (arts. 5º, inciso XXVI, 7º, I, e 10, I, do ADCT), bem como o art. 1.025 do Código Civil, isto porque, a Lei n. 9.029/95, vigente à época da despedida em massa, proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso ao emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. No próprio capítulo dos direitos sociais, está consagrada no art. 7º, XXX, a proibição de diferença de salários, de exercícios de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade ou estado civil. Tal ato discriminatório, como se vê, não encontra guarida na legislação vigente, a qual garante o direito do trabalhador em não ser despedido de seu emprego por razões de caráter discriminatório. Nem se diga, como se faz recorrente, que a v. decisão *a quo* vem baseada em preceitos programáticos, que não emprestam sustentação jurídica à diretriz imprimida. A Constituição Federal de 1988, ao contrário das Cartas Políticas anteriores, procurou dar efetividade aos direitos individuais e sociais, inclusive enunciando "princípios" que pudessem nortear a legislação e o Direito Pretoriano. Colho do magistério do e. Min. Carlos Ayres de Brito, do c. STF, que "a nova práxis ou fenomenologia constitucional positiva que foi tomando corpo, destarte, foi a de supereficácia das normas e princípios, ao lado da crescente constitucionalização do direito infraconstitucional. Tudo resultando na supereficácia da Constituição". E sintetiza pontificando: "à sua dignidade formal, a Constituição adicionou uma dignidade material. E assim, recamada de princípios que são valores dignificantes de todo o Direito, é que ela passou a ocupar a centralidade do Ordenamento Jurídico, tanto quanto os princípios passaram a ocupar a centralidade da Constituição". Daí a importância dos princípios, cuja eficácia normativa é reconhecida pela Jurisprudência e Doutrina contemporâneas. E a Carta Constitucional vigente, enunciando, ao lado dos direitos sociais genéricos, direitos sociais específicos ou trabalhistas, deu um passo à frente na defesa, acima de tudo, da dignidade da pessoa do trabalhador e dos direitos sociais do trabalho. Bem andou a e. Corte Regional ao decidir, com base nos princípios constitucionais, pela punição de práticas discriminatórias no trabalho. Devolução das parcelas recebidas — O e. Tribunal Regional, com base na Lei n. 9.029/95, deferiu a readmissão e não a reintegração, sem a devolução das parcelas pagas a título de indenização e multas do FGTS, as quais foram mantidas para remunerar o tempo de afastamento, motivo pela qual não se há de falar em ofensa ao dispositivo infraconstitucional invocado. Recurso de Revista não conhecido (TST – RR – 44722/2002-900-09-00.0 – Ac. 6ª T. – Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. DJe/TST n. 186/09, 5.3.2009, Div., p. 519/20).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. DISCRIMINAÇÃO PELA IDADE E PADRÃO DE BELEZA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, V E X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 159 DO CC, 818 DA CLT E 333, I, DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. 1. O Tribunal Regional, ao manter a procedência do pedido de indenização por dano moral, entendeu que a reclamante, a quem competia o ônus de provar os fatos alegados na petição inicial, desincumbiu-se de seu encargo probatório, uma vez que logrou demonstrar que sua dispensa se dera por ato

Digitalizado com CamScanner

discriminatório da reclamada. Incólumes, pois, os arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. 2. Ademais, evidenciados os requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil da reclamada, não há como se concluir pela propalada ofensa aos arts. 5º, V e X, da Constituição Federal e 159 do CC, os quais permanecem ilesos. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento (TST – AIRR – 17129/2000-009-09-40 – Ac. 7ª T. – Rel. Min. Caputo Bastos - DJ 12.9.2008).

Imprescindível, portanto, a participação desses importantes atores sociais a fim de que se combata a prática discriminatória em relação a alguns segmentos de trabalhadores, em especial os trabalhadores com 40 anos e mais que, nas últimas décadas, passaram a ser discriminados, com maior evidência, em razão da idade.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Rosa Maria Alves *et al.* Programas redistributivos. In: *Desenvolvimento, trabalho e solidariedade.*

BEAUVOIR, Simone. *A velhice*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

Carta Capital, 25.03.2009, Ano XV, n. 538, p. 34-38ª.

CACCIAMALI, Maria Cristina; BRAGA, Thaíz. A armadilha social destinada aos jovens: mercado de trabalho insuficiente, oferta educacional restrita e de baixa qualidade e ações públicas incipientes. In: CHAHAD, José Paulo Zaetano; CACCIAMALI, Maria Cristina (Orgs.). *Mercado de trabalho no Brasil*: novas práticas trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social:* uma crônica do salário. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. *Mercado de trabalho e discriminação etária:* a vulnerabilidade dos trabalhadores "envelhescentes". São Paulo: LTr, 2006.

Folha de S. Paulo. São Paulo, 8.3.2009.

_____. São Paulo, 6.3.2008.

MARQUES, Christiani. *O contrato de trabalho e a discriminação estética*. São Paulo: LTr, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *La hora de la igualdad en el trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo. 91ª reunión 2003. Informe Global. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.GLOBALREPORTDETAILS?var_language=SP&var_PublicationsID=119&var_ReportType=Report>.

POCHMANN, Marcio. *O emprego na globalização*. São Paulo: Boitempo, 2001.

_____ (Org.). *Desenvolvimento, trabalho e solidariedade.* São Paulo: Fundação Perseu Abramo; São Paulo: Cortez, 2002.

_____. Marcio Pochmann fala sobre saídas para o desemprego juvenil. Entevista. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=643>.

PRATA, Mário. *Você é um envelhescente?* Disponível em: <http//www.marioprata.com.br>.

SCHIRRMACHER, Frank. A ditadura dos jovens. In: *Veja*, ed. 1867, ano 37, n. 33, ago. 2004.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter:* as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT.* São Paulo: LTr, 1998.

VIANA, Márcio Túlio. In: CHAVES, Daniela. Prefácio, 2006.

DISCRIMINAÇÃO E MEIO AMBIENTE

Digitalizado com CamScanner

Discriminação e Empobrecimento Socioambiental no Brasil

VIRGÍLIO MAURÍCIO VIANA

1. O problema do empobrecimento socioambiental

Vivemos no Brasil uma crise ambiental sem precedentes em nossa História. O desmatamento, os incêndios florestais, a extração predatória de madeira, a poluição dos rios e a pesca predatória são alguns exemplos de uma história de empobrecimento do país. Empobrecimento que fica à margem das estatísticas convencionais. O PIB, por exemplo, aumenta quando desmatamos parte da floresta amazônica e plantamos soja. Se, por um lado, contabilizamos os ganhos com a produção agrícola, não contabilizamos os prejuízos dela decorrentes: perda de biodiversidade, assoreamento dos rios, mudanças climáticas, etc. Necessitamos de análises mais realistas das consequências do estilo de desenvolvimento que estamos implantando.

Além do empobrecimento ambiental, o estilo de desenvolvimento que vem sendo implementado no Brasil nos legou uma crise social de difícil solução. Mais de 75% da população brasileira vive na zona urbana, a maioria em precárias condições; quase 30 milhões de pessoas em situação de miséria, a maioria com um nível educacional baixíssimo e níveis de criminalidade alarmantes: todos de destaque — infeliz — internacional. Trata-se de problemas interligados. O êxodo rural inchou as cidades de um contingente populacional despreparado para o mercado de trabalho urbano, cada dia mais restrito devido aos processos de automação. O desespero dessas pessoas egressas da zona rural e condenadas à miséria na zona urbana alimenta níveis crescentes de criminalidade. Esses indicadores sociais apontam, também, para a necessidade de repensar e reformular profundamente os paradigmas que embasam a formulação de políticas de desenvolvimento.

Chamamos de empobrecimento socioambiental os resultados do estilo de desenvolvimento em curso no Brasil que geram, de um lado, a degradação ambiental e, de outro, a perda da dignidade e o cerceamento da construção da cidadania para parcelas expressivas da população. Quais são as causas desse processo? Quais são as alternativas que temos para reverter esse quadro?

Digitalizado com CamScanner

2. Desenvolvimento e empobrecimento socioambiental

Nossa literatura técnica e científica é rica em análises sobre as causas dos nossos problemas sociais (Ribeiro 1995, Benjamin 1998). Destacam-se, aí, o processo excludente de tomada de decisões, monopolizado por uma pequena elite; e um modelo econômico dirigido ao mercado externo, atrelado ao atendimento da demanda das metrópoles das eras colonial e contemporânea. É também rica a literatura que descreve os problemas ambientais do Brasil (MMA, 1998). Destacam-se, aí, o pequeno controle governamental das atividades degradadoras do ambiente e o pequeno esforço despendido para educação ambiental do nosso povo.

Mais raras são as análises que interligam os dois processos de empobrecimento: o ambiental e o social. Não é objetivo desse ensaio elaborar uma análise exaustiva do tema. A proposta é, ao mesmo tempo, mais humilde e ambiciosa. Humilde, no sentido de não pretender exaurir o tema, discutindo toda a literatura pertinente. Ambiciosa, ao se propor o desafio de construir uma abordagem inovadora. A tese é simples: *uma das causas* do processo de empobrecimento socioambiental é o *desenvolvimento* da população rural.

Desenvolver significa perder o *envolvimento* econômico, cultural, social e ecológico das populações tradicionais[1] com os ecossistemas e seus recursos naturais (Viana, 1999). Trata-se de um fenômeno associado ao êxodo rural. Junto com o *envolvimento*, perde-se a dignidade e a perspectiva de construção da cidadania quando enormes contingentes populacionais deixam a zona rural rumos às cidades. Perde-se, ainda, um saber acumulado riquíssimo e, com ele, o conhecimento dos sistemas tradicionais de manejo[2]. Esses sistemas, ao contrário do que normalmente se pensa, podem conservar os ecossistemas naturais de forma mais efetiva do que muitos sistemas "modernos".

Uma das principais consequências ambientais da perda do saber tradicional de populações tradicionais é o empobrecimento do conhecimento disponível para a tomada de decisões sobre o manejo de ecossistemas naturais. Com o fim de comunidades de pescadores em praias da Mata Atlântica, por exemplo, perde-se o conhecimento sobre a ecologia de muitas espécies aquáticas e suas especificidades para cada localidade. Com o fim de comunidades indígenas na Amazônia, por exemplo, perde-se o conhecimento sobre a ecologia de muitas espécies florestais nos diferentes ecossistemas e suas subdivisões espaciais. Em ambos os casos, o esvaziamento do campo — especialmente das populações tradicionais — reduz a chance de um manejo capaz de conservar os ecossistemas. O manejo dos ecossistemas terrestres e aquáticos passa a ficar na dependência exclusiva de tomadores de decisão urbanos, que, geralmente, possuem uma visão distante da realidade.

(1) Por populações tradicionais entende-se aquelas que possuem vínculos econômicos, sociais e culturais históricos com os ecossistemas naturais, incluindo: índios, quilombolas, extrativistas, caiçaras e ribeirinhos.

(2) Por sistema tradicional de manejo entende-se os sistemas de produção utilizados por populações tradicionais. Esses sistemas foram desenvolvidos com base num processo histórico de desenvolvimento tecnológico protagonizado pelas próprias populações tradicionais. O saber empírico acumulado ao longo desse processo é retransmitido entre diferentes populações (índios, extrativistas, quilombolas, etc.) e gerações.

Uma das principais consequências sociais do êxodo rural é a perda de valor do saber dessas populações. Se o saber sobre a floresta, o mangue e os rios era valioso para a sobrevivência no campo, na cidade, ele é supérfluo e quase inútil para os futuros varredores de rua, empregadas domésticas, operários industriais, etc. A consequência dessa desqualificação profissional no novo ambiente de trabalho alimenta a miséria e a violência nas áreas urbanas.

O processo de degradação ambiental se acelera com a expulsão — às vezes, violenta — das populações tradicionais de suas terras. Obviamente, essas consequências do *desenvolvimento* não são coerentes com a busca da sustentabilidade do nosso país e do Planeta.

O desenvolvimento das populações tradicionais, fruto do êxodo rural é, portanto, uma das causas do processo de empobrecimento socioambiental. Pergunta-se: como a discriminação e o desrespeito aos direitos das populações tradicionais afeta o processo de empobrecimento socioambiental?

4. Discriminação e empobrecimento socioambiental

O êxodo rural cria novos problemas tanto para as pessoas que partem quanto para os ecossistemas que ficam. Os que saem levam os seus conhecimentos para locais onde ele será inútil. Os ecossistemas que ficam deixam de ser conhecidos por aqueles que acumularam um saber empírico, ao longo de gerações. O problema, entretanto, não começa com o êxodo rural, mas com as suas causas.

Os fatores que levam ao êxodo rural são bem discutidos na literatura técnica e científica. O objetivo aqui não é exaurir o tema, pelo contrário é propor uma hipótese provocadora. Uma das razões subjacentes do processo de empobrecimento socioambiental do Brasil é a discriminação das populações tradicionais tanto na definição de sistemas de manejo dos recursos naturais quanto na formulação de políticas públicas apropriadas para a sua conservação.

O processo de definição de sistemas de manejo dos recursos naturais no Brasil, historicamente, é privilégio dos técnicos de nível médio ou universitário. Ao se definir a época de proibição à pesca de lagosta, por exemplo, não se consulta os pescadores. Ao se definir o zoneamento de uma reserva ecológica, não se consulta as populações tradicionais de caiçaras ou extrativistas para definir os locais que possuem maior densidade de espécies em extinção. A definição de técnicas de manejo, frequentemente, é transmitida para a formulação de instrumentos de políticas públicas, que carregam o mesmo vício de origem.

O processo convencional de tomada de decisões, normalmente, não envolve as populações tradicionais de forma efetiva. As decisões sobre políticas e estratégias de conservação das nossas florestas não respeitam e nem incorporam as populações tradicionais como atores-chave para a tomada de decisões coerentes com o ideário da sustentabilidade. Normalmente, a participação tem um caráter cosmético ou utilitarista.

Digitalizado com CamScanner

No primeiro caso, são feitas reuniões mal organizadas, apenas para legitimar decisões tomadas à distância, para garantir uma roupagem mínima exigida por doadores internacionais, governos, etc. No segundo caso, a participação é eficiente na coleta do conhecimento "deles" para o "nosso" projeto. Raríssimamente, as populações são envolvidas de forma a compartilhar as decisões em todas as etapas de um projeto de intervenção: concepção, implementação e avaliação. Mais raras ainda são as iniciativas que se preocupam em capacitar técnicos e pesquisadores para a utilização de métodos que criem condições para uma participação efetiva, obedeçam um código de ética básico e resultem numa transferência de poder. O resultado é que, dificilmente, as populações tradicionais são *envolvidas* no processo de tomada de decisões.

A dicriminação das populações tradicionais no processo de definição de sistemas de manejo dos recursos naturais e de políticas públicas apropriadas para a sua conservação é trágica. Por um lado, ao negar a participação das pessoas que vivem e convivem há gerações com o problema, aumenta-se a chance de erro nas decisões técnicas e políticas. Isso aumenta as desvantagens econômicas dos sistemas de produção tradicionais em relação ao mercado, o que tende a estimular o êxodo rural. Além disso, alimenta um processo de erosão cultural e perda de identidade cultural, no qual os jovens tendem a rejeitar o saber dos pais e avós.

5. Conclusões

A formulação de políticas públicas apropriadas para reverter o processo de empobrecimento socioambiental do Brasil requer uma revisão radical de paradigmas e estratégias.

Devemos ter claro que o desenvolvimento das populações tradicionais deve ser evitado. O que devemos procurar, ao contrário, é o envolvimento sustentável dessas populações. Para isso, é preciso implementar ações estratégicas para promover a permanência da população rural nas suas regiões, evitando o êxodo rural. Isso requer a criação de instrumentos jurídicos para assegurar os direitos à terra das populações tradicionais. Da mesma forma, precisamos promover o retorno ao campo de parte das populações que foram vítimas do processo de êxodo rural e que, hoje, alimentam bolsões de miséria urbana — o que exige o desenvolvimento de programas de reforma agrária eficientes e escala suficiente para a escala dos problemas sociais. É preciso, ainda, desenvolver instrumentos que viabilizem economicamente a agricultura familiar e que levem os serviços básicos de educação, saúde, cultura, esporte e lazer ao campo.

Devemos ter claro que a construção da cidadania e o estancamento do processo de empobrecimento socioambiental passa, necessariamente, pela participação das populações tradicionais no processo de tomada de decisões. É preciso reverter a situação atual, em que o processo decisório é tomado de cima para baixo. As populações tradicionais devem participar ativamente das etapas de planejamento, implantação e avaliação de políticas e ações governamentais. Essa participação deve respeitar, valorizar e fortalecer

as estruturas organizativas dessas populações. Isso requer uma mudança profunda na postura profissional de técnicos e pesquisadores. Trata-se de uma mudança radical, em que deve ser colocado o desafio de uma postura mais humilde e respeitosa para os egressos, tanto das universidades quanto das escolas de nível médio.

O processo de empobrecimento socioambiental é sério e apresenta uma ameaça ao sonho de construção de um país justo, democrático e sustentável. A reversão desse processo é urgente. Um dos pontos de partida deve ser a busca por ações que promovam o envolvimento sustentável e a participação das populações tradicionais no processo decisório. Talvez seja um ponto de partida para iniciarmos uma nova etapa da nossa história, após 500 anos de discriminação contra as populações tradicionais no Brasil.

6. Bibliografia

BENJAMIN, C. *A opção brasileira*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998.

MMA. *A Caminho da Agenda 21 Brasileira, Princípios e Ações 1992/97*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Secretaria Executiva, 1998.

RIBEIRO, D. *O povo brasileiro:* a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

VIANA, Virgílio Maurício. Envolvimento sustentável e conservação das florestas brasileiras. In: *Anais do Seminário Alternativas de Manejo Sustentável dos Recursos Naturais no Vale do Ribeira*. Ilha Comprida: NUPAUB-LASTROP/USP, 1999.

Digitalizado com CamScanner

DISCRIMINAÇÃO NAS ARTES, NAS CIÊNCIAS E NA ESCOLA

Digitalizado com CamScanner

Dança e Discriminação: Relato de uma Experiência

ANAMARIA FERNANDES VIANA

1. Do clássico ao contemporâneo

A estética da dança na Europa surgiu no final da Antiguidade, quando a proibição das danças macabras pela Igreja fez com que ela perdesse o seu aspecto ritual para se transformar numa distração. Deixando para trás sua espontaneidade inicial, a dança cria uma nova organização de espaço, de tempo e de nuanças de esforço. A partir de então, passa a ser dividida em duas categorias: a dança *savante* (sábia) e a dança popular, cada qual pertencendo a uma classe social precisa, que definiu e ainda define, ao longo do tempo, códigos e normas de seus movimentos.

Desde o final do século XIX, a arte da dança *savante* tem vivido transformações profundas, marcadas por questionamentos que antes não existiam. Essas indagações, que permeiam a dança contemporânea, foram e permanecem voltadas tanto para a sua dimensão estética quanto para a espetacular. Pela primeira vez, passou-se a perguntar, por exemplo, que tipos de corpos ocupariam os palcos. Seriam corpos *normais*, *anormais* ou corpos virtuosos, modelados, homogeneizados, como os que dançam o *Lago dos Cisnes* ou *Giselle?* Questionou-se, também, a própria liberdade de movimentos. Poderia cada bailarino fazer algo mais do que apenas repetir os mesmos gestos codificados pela técnica clássica de duzentos ou trezentos anos atrás?

Segundo a hipótese de alguns historiadores de dança no Ocidente, a resposta a estas e muitas outras perguntas começaram a surgir com a dança moderna, nos pés descalços de Isadora Duncan, nas danças abstratas de Loie Fuller e no trabalho de pesquisa de Laban, Dalcroze e Delsarte. Cada um a seu modo proporcionou à dança cênica um foco aparentemente até então inexistente: a ligação entre o pensar e o mover, entre o ser interior e o exterior, abrindo um campo vasto de investigações e de explorações do movimento.

Laban desenvolveu algo até hoje único: uma *notação* de movimento humano, capaz de registrar qualquer um de seus tipos. Ele criou uma espécie de linguagem, composta de uma série de símbolos que correspondem ao peso, tempo, fluxo e espaço correspondentes aos nossos gestos. Esses símbolos permitem não só analisar movimentos

Digitalizado com CamScanner

já realizados — inclusive por pessoas mentalmente doentes —, como arquivar coreografias e explorar novas possibilidades do movimento, já agora sem os limites impostos pelos padrões da época. Abrindo novas perspectivas de pesquisas, a "Kinetography Laban", também conhecida como "Labanotação", é usada tanto no mundo da dança propriamente dita como no da dança-terapia.

Mais tarde e mais perto de nossa atual paisagem coreográfica, o trabalho de pesquisa e experimento do grupo Judson, na Califórnia, composto por dançarinos, músicos e paisagistas, permitiu um grande salto na dança, abolindo o conceito do certo e do errado, renovando a relação entre o homem e a mulher, a hierarquia existente no corpo de baile, assim como nas relações entre os seus vários personagens. A criação já não era mais domínio único do coreógrafo, que passou a valorizar e utilizar o potencial criativo dos seus intérpretes.

Surgiu assim a improvisação, o contato-improvisação e a dança contemporânea. A "nova arte da dança", que propõe igualmente fugir da rigidez dos palcos, proporciona outra relação com o público, ganhando as ruas, as galerias, as praças, os metrôs, os parques, os bares, as esquinas, e até os espaços onde os muros separam os seres: as prisões, os hospitais, os asilos...

Acolhendo corpos que não representam modelos de um ideal além do humano — perfeito, imortal, irreal — mas corpos heterogêneos, críticos e políticos, ela pôde se tornar uma arma de protesto, de denúncia, de combate contra o estereótipo, um lugar de questionamentos cada vez mais aberto, democrático, sem preconceitos. Desta forma, por meio do seu corpo pensante, o artista coreográfico se posiciona em face do contexto político-social, que o engloba numa dança que trata da vida, de problemas contemporâneos que o tocam ou o preocupam.

Acredito que seja nesse espaço que se insiram as propostas artísticas com as pessoas portadoras de deficiência — propostas estas que buscam explorar o potencial de cada uma, respeitando seus limites, mas ao mesmo tempo impedindo que tais limites atuem como barreiras na criação coreográfica. Assim, em vez de querer levar uma pessoa a um lugar preciso, induzindo-a a realizar um movimento que para ela pode ser difícil, a dança deve acompanhá-la em seu caminho, explorando as suas possibilidades. Esse processo pode enriquecer também o bailarino comum, na medida em que o transporta para fora dos seus próprios limites habituais.

Mediante a dança, elas podem não apenas se afirmar como cidadãs, nem somente sensibilizar o público para as suas diferenças, mas realmente participar de um processo de criação, e nesse caso, mesmo sem o perceber, tornarem-se portadoras de uma causa.

Quando nos referimos à dança, automaticamente imaginamos *certo estilo* de dança, enquanto, quando nos referimos à dança para pessoas que apresentam algum tipo de deficiência, a imagem que muitas vezes nos vem é a da dança-terapia. Entretanto, ao definirmos que uma pessoa diferente está destinada a se mover somente nesse quadro e com esse único objetivo, não estaríamos menosprezando seu potencial e limitando

suas capacidades? Não estaríamos limitando a própria capacidade de evolução dessa arte, definindo e reduzindo os seus conceitos?

A dança-terapia tem naturalmente o seu valor, mas o seu objetivo é claramente outro. Voltada para um trabalho corporal psicossocial inserido num processo terapêutico, a dança-terapia tem como foco distinguir os males do indivíduo para tratá-los por meio da dança, ao passo que a dança junto às pessoas portadoras de deficiência busca um espaço artístico no qual as diferenças são pontos de partida, de partilha, de descobertas, da própria semente de criação. Um espaço em que, como nos diz o coreógrafo japonês Ushio Amagatsu, "o diferente e o comum gravitam em busca de um equilíbrio, em um movimento constante".(1)

Esse mesmo coreógrafo nos relata uma história bem interessante ao descrever uma conversa com um velho amigo, a propósito de uma ponte. Dizia-lhe que — como qualquer outra — aquela ponte serviria não tanto para ligar dois lugares, mas para permitir que as pessoas os olhassem de frente. Proponho associarmos essa imagem ao trabalho de dança junto às pessoas portadoras de deficiência. Sob a minha ótica, o *verdadeiro encontro* só se torna possível quando o artista ordinário vê o artista não ordinário de frente, com suas especificidades próprias, sem que estas sejam camufladas ou vistas como motivos de compaixão. Revendo assim não apenas os seus tipos de movimentos, mas os seus tipos de corpos, a nova era da dança cênica questiona o paradigma tradicional da sua imagem.

Esse encontro entre o dançarino ordinário e o *extraordinário* se fez possível não somente graças às transformações da arte, mas também graças à evolução da nossa relação com o diferente dentro da sociedade ocidental.

Na Grécia antiga, os recém-nascidos portadores de má formação ou de qualquer outro modo não semelhantes a seus genitores eram entregues às águas ou aos lobos. No século XIX e até a primeira década do século XX, as pessoas diferentes pelos seus físicos ou por suas mentes eram expostas como animais nas diferentes atrações dos EUA ou da Europa. Museus, feiras, circos, zoológicos acolhiam seres considerados como monstros, exibidos ao lado de macacos e outros bichos. Em nosso país, muitos foram escravizados, massacrados, exterminados.

Sabemos que as guerras deixam marcas e que as atrocidades feitas e vivenciadas podem, a cada dia, ajudar-nos a ensaiar novos passos em busca de caminhos mais justos, mais humanos. De fato, as primeiras mudanças no olhar que se dirigia ao *ser monstruoso* surgiram entre as duas guerras mundiais, quando o povo, vendo retornar os seus mutilados, deparou-se com um grande sentimento de compaixão. O *monstro* já não era um ser tão distante da realidade próxima dos seres *normais*.

Hoje, as leis que protegem as pessoas portadoras de deficiência são muito diferentes das que existiam há 50 anos. Com isso, os próprios *diferentes* talvez se sintam mais iguais, não só aos olhos dos outros, mas também aos seus. Quando exigem os seus

(1) AMAGATSU, Ushio. *Dialogue avec la gravite, Actes Sud, Le souffle de l'esprit*. 2000. p. 10.

Digitalizado com CamScanner

direitos, não o fazem simplesmente porque esses direitos surgiram, mas porque começam a se sentir sujeitos integrais de uma sociedade que — pelo menos no plano do discurso — promete se fazer também integral. E tudo isso, repito, é consequência daquela mudança — progressiva, e ainda em andamento — do nosso próprio olhar.

Entretanto, como a teoria nem sempre acompanha as práticas, essas pessoas são ainda vítimas de inúmeras formas de discriminação e de exclusão; algumas mais visíveis que outras; algumas conscientes, outras não.

Em outras palavras, nem todos mudaram de olhar. E a consequência é um paradoxo cada vez mais visível. Nossa sociedade cria espaços para acolher, proteger, mas também para isolar certos indivíduos que fogem de seus padrões. Essas pessoas existem em qualquer parte, erradicadas do nosso quotidiano, classificadas numa categoria precisa. Como cita o sociólogo Erwing Goffman.[2]

> (...) a sociedade estabelece procedimentos que servem para dividir em categorias as pessoas e os contingentes de atributos que ela estima ordinários e naturais nos membros de cada uma dessas categorias.[3]

Naturalmente, muito ainda há a ser feito para que o ser comum possa ver, na imagem refletida pelo ser diferente, a imagem de seu semelhante.

Dentre as muitas propostas artísticas, nas quais o parâmetro do normal se torna uma busca interminável e penosa para o indivíduo *anormal*, algumas pensam um espaço de igualdade em que as diferenças sejam ricas e portadoras de criação.

Nesse pequeno trabalho, relato uma experiência pessoal que enriqueceu meu olhar artístico e humano. Uma vivência feita de encontros marcantes com pessoas que me ensinaram a atravessar uma ponte sem o objetivo de chegar a um lugar preciso. Como a história contada pelo amigo do coreógrafo japonês Ushio Amagatsu, essas pessoas ensinaram-me a colocar os meus pés sobre uma ponte, e não para atravessá-la, mas para nela ficar e descobrir todo um universo até então desconhecido para mim.

Uma experiência que afirmou o que eu pressentia sentir na dança desde os meus primeiros passos: que nela deixamos os traços do que somos, do que buscamos, de nossa relação com a vida.

2. Dez minutos com Jean-Jacques

Cada homem é, na sua medida,
um caso, uma deliciosa exceção.

Alexandre Jollien

Se a imagem do dançarino nos remete a coisas como liberdade, virtuosidade, domínio corporal, a imagem atribuída à pessoa portadora de deficiência se associa a

(2) GOFFMAN, Erving. *Stigmates, les usages sociaux des handicaps*. Prentice-Hall 1963. Paris: Les Éditions de Minuit, 1975. p. 36.

(3) *Ibidem*, p. 11.

desvantagem, incapacidade e limitação. Significados ideológicos e simbólicos destes dois universos podem facilmente nos parecer opostos e incoerentes, já que certas restrições dos corpos diferentes lhes impedem algumas *graciosidades* que caracterizam as representações culturais mais comuns do mundo da dança cênica.

A partir dessa visão, poderíamos dizer que um abismo separa uns dos outros e que uma hierarquia se impõe inevitavelmente: a do válido sobre o inválido, do apto sobre o inapto, do possível sobre o impossível.

Diante disso, o que fazer? Como poderíamos neutralizar essa hierarquia? Pode ela vir a ser uma força, um ponto de partida?

Dentre as múltiplas formas artísticas, a técnica de improvisação é, do meu ponto de vista, a que mais busca e permite a abolição da hierarquia entre os seres. Seu processo de construção é baseado numa troca, na qual cada um se apropria e cede o espaço ao outro. Uma técnica que almeja o não voluntarismo, a escuta e a partilha, que faz da cena uma filosofia de vida. Trazendo uma atenção particular ao momento presente, a dança é capaz de transformar aquela *fragilidade potencial* que parece marcar a pessoa portadora de deficiência.

Há 14 anos eu trabalho com essas pessoas, utilizando a técnica de improvisação, em hospitais psiquiátricos e outras instituições especializadas na França. Ao atravessar tantas portas que separam o mundo dos *normais* do mundo dos *anormais*, constatei como a arte pode romper barreiras, criar pontes, abrir e construir novos espaços. Cada ser, diferente, único e decididamente singular, experimentava pela primeira vez a arte do movimento, descobrindo seu corpo, reaprendendo a respirar, a se escutar e a escutar o outro, dando vida aos seus gestos como as arvores que desabrocham suas flores. Meu pilar foi e é o simples fato de estar ali, sem expectativas, sem objetivos fixos, querendo apenas partilhar o que existe para ser compartilhado naquele momento preciso.

Foi nesse contexto que conheci Jean-Jacques Cousin, um dos meus alunos, portador de Síndrome de Down. Sem o domínio da fala e vivendo numa instituição especializada, precisando de uma pessoa para todos os atos do quotidiano, Jean-Jacques nunca antes tinha trabalhado, o que o fazia ser visto como alguém incapaz, improdutivo, inútil. Nas primeiras aulas, não queria sequer tirar os sapatos e recusava toda tentativa de contato. Esperei muitos anos até conseguir criar um elo de confiança entre nós, inventando a duas mãos um espaço onde ele iria pouco a pouco abandonar suas inquietudes e apreensões.

Nesse espaço de troca, dançamos, exploramos, nos descobrimos. Vi nele as capacidades de um dançarino improvisador que não somente respondia às minhas propostas, mas que também oferecia as dele. Hoje, Jean-Jacques coloca as suas mãos nos meus olhos e me guia, apesar de estar perdendo um pouco da visão a cada dia. Ele me guia na direção de um acordo possível entre nós.

Criamos aos poucos um espaço de jogo, acolhedor de surpresas e de novos caminhos. Assim nasceu um duo chamado *10 mn avec Jean-Jacques*, apresentado em teatros culturais e encontros em torno da deficiência ou da discriminação na França.

Digitalizado com CamScanner

O nome dessa peça é associado à questão do tempo. Não é novidade que vivemos numa sociedade cada vez mais comprimida por ele. O "tempo é dinheiro"(4) e cada coisa que fazemos tem o seu . Aqui, foram seis anos para chegar até o palco, e mesmo que a duração real do espetáculo possa chegar a uma hora, proponho passarmos, pelo menos aqueles dez minutos com uma pessoa que de outro modo não veríamos — ou na qual só notaríamos a marca da deficiência. Como dirá a Raposa ao Pequeno Príncipe, "é o tempo que você perdeu com a sua rosa que a torna tão importante".(5) Acredito que essa proposta exige um trabalho minucioso, fino, o que implica, ao meu ver, uma relação prolongada com o tempo.

Aos 46 anos de idade, esse novo artista *extraordinário* teve o seu primeiro salário ao dançar para 400 pessoas, que o aplaudiram vigorosamente. Com os pés no palco, ele permitiu que o público o visse como um indivíduo criador e não como uma pessoa incapaz, impotente ou inferior. Ele permitiu um novo olhar não apenas ao público da dança, mas aos próprios dançarinos. Nos seus passos eu reaprendo a dançar a cada dia, buscando me desapegar das expectativas e dos desejos que me habitam.

Jean-Jacques dança, sorri, ri. Ele divide comigo e com o público algo profundamente humano, bem além de qualquer sentimentalismo. Sem pretender apresentar aqui respostas definitivas ou verdades, valho-me de Nietzche quando afirma que "tudo é somente um estado provisório"(6) ou que "toda certeza é, como ela, sempre colocada em questão"(7). Exprimindo o seu prazer em dividir estes passos dançantes, Jean-Jacques investe ao meu lado num caminho no qual tocamos às vezes uma profunda verdade, e que me permite, constantemente, tecer espaços de novas descobertas, de partilha, de dança, de vida.

3. Conclusão

A arte não reproduz o
visível, ela o torna visível.

Paul Klee

Pode-se dizer que uma grande mudança ocorreu na dança, não somente em relação aos seus intérpretes, como também ao seu público e aos seus movimentos.

O balé clássico se formou a partir de uma combinação de danças, mas com uma predominância importante das danças da corte. Nasceu, portanto, como expressão dos movimentos da classe dominante.

Hoje, gestos do quotidiano, ligados à cultura de um povo ou às suas preocupações contemporâneas, fazem parte da composição coreográfica de vários artistas, que podem fazer dela um ato político.

(4) A frase tem sido atribuída a Benjamin Franklin.

(5) SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *Le Petit Prince*. Paris: Éditions Gallimard, 1949, 1946, 1997. p. 74.

(6) NIETZCHE, Friedrich. *Ainsi parlait Zarathoustra*. Paris: Librairie Générale Française, 1983. XV.

(7) *Ibidem*, XIV.

Durante séculos, o público vinha exclusivamente de uma classe privilegiada; hoje a dança se desloca, vai até o povo, rompendo barreiras, colocando-se ao alcance de todas as classes sociais.

É verdade que isso não acontece de maneira igualitária; muitos espetáculos são produzidos em teatros e poucos nas ruas, e, mesmo com ingresso barato, ir ao teatro inclui muitos aspectos, para além do simples preço do bilhete — como, por exemplo, sentir-se à vontade naquele espaço, o que poucas vezes acontecerá com um operário ou uma doméstica.

Antes, os intérpretes eram sempre selecionados de acordo com os critérios técnicos de cada época; hoje podemos ver peças com pessoas leigas, não virtuosas, mais velhas ou menos perfeitas. Mesmo não sendo o caso de todas as criações contemporâneas, podemos afirmar, de uma maneira geral, que o corpo do bailarino deixou de ser objeto para se tornar o sujeito, o próprio tema da composição coreográfica. Desta forma, e segundo a frase de Paul Klee, a dança torna visíveis as transformações ocorridas não só na sua forma de expressão, como em outros setores da sociedade. Ela nos mostra a sua ligação direta e indiscutível com o meio que a cerca.

Toda arte exige regras, e se o quadro social impõe normas que induzem uma certa maneira de olhar e de se conduzir, a arte — deslocando esse quadro — permite que também desloquemos o nosso próprio olhar. Desse modo, o que poderia parecer inadequado pode se desenvolver, e como no *L'Albatros*, de Baudelaire(8), ganhar toda a plenitude em um novo quadro. Durante esses momentos efêmeros da arte coreográfica, podemos talvez esquecer o que se chamaria de deficiência, esquecer o nosso olhar estigmatizante e ver somente os movimentos dos corpos que dão vida à poesia silenciosa da dança.

Desta maneira, acredito que hoje a dança se mostra menos discriminante do que já foi, mesmo que esse quadro não se apresente uniforme e constante. Mas é preciso notar que essas mudanças não vieram sem esforço. Trabalhos de pesquisas, de buscas, sem compromisso com a promoção de seus autores, foram fundamentais para a evolução da arte coreográfica.

Além disso, trabalhar nesse campo exige muito esforço e responsabilidade. Quando um profissional da dança leva em conta a singularidade da pessoa portadora de deficiência, ela se expõe a novos parâmetros, muitas vezes desconhecidos para si mesma. E isso pode se tornar um risco, desencadeando uma profunda mudança quanto às relações estabelecidas com o espaço, o tempo ou a energia do movimento inscritas em seu próprio corpo.

Acredito que o risco seja essencial à arte, pois com ele podemos transgredir conceitos, preconceitos, barreiras, fronteiras. Nesse caso, ele permite ao dançarino ordinário uma nova percepção do movimento, que muitas vezes o conduz à mais profunda simplicidade,

(8) BAUDELAIRE, Charles. *Oeuvres complètes*. Paris: Éditions du Seuil, 1968. p. 45.

Digitalizado com CamScanner

tocando a essência mesmo da dança, vendo nela o que por vezes deixamos de ver. Essa experiência parece ir ao encontro da reflexão de Pierre-Henry Frangne sobre a vida quotidiana, quando ele nos diz que "nós a vemos, mas não a olhamos".(9)

Mas o risco não é algo específico do dançarino ordinário. Para o dançarino não ordinário, o espetáculo pode representar muito mais do que um simples espetáculo. Será ele visto como ser-artista ou apontado como uma curiosidade de circo? Irá ele despertar risos camuflados ou aplausos sinceros? Os seus movimentos não são apenas passos de dança, mas de sua própria identidade.

Valerá a pena correr esses riscos? Mesmo sem o uso da linguagem verbal, senti como foi importante para Jean-Jacques dar aqueles passos na sua vida; suas dificuldades se transformarem em soluções, seus medos em confiança. Através da imagem de si mesmo refletida nos olhos dos outros, Jean-Jacques não era mais um *deficiente*, mas um dançarino.

Desta forma, o artista *extraordinário* é reconhecido com a sua especificidade no interior mesmo da escritura coreográfica, e esse reconhecimento pode se tornar essencial na formação de sua identidade. E não se trata, repito, de um exercício de piedade ou de compaixão. Como ensina Espinoza, "a piedade em um homem que vive sobre a conduta da Razão é ela mesma ruim e inútil"(10). O artista se propõe aqui a um exercício de disponibilidade e de escuta, numa construção baseada numa troca em que cada um tem a sua importância, o seu valor.

Quando coloco como hipótese que a improvisação é uma técnica perfeitamente adequada a essa proposta de trabalho, tento pôr em evidência a sua filosofia, o seu fundamento, que questiona a importância do ego no dançarino. Criando espaços de jogo, nos quais o indivíduo passa de protagonista a coadjuvante, ele mede sua energia em relação à do outro. Abdica da tentação de ser visto como grande estrela, para compor, digamos assim, uma constelação.

Nesse novo cenário, toda proposta, no instante mesmo em que é feita, pode ser abandonada. Admitir a recusa, praticar o desapego, aceitar o outro e o que ele propõe, não o que esperamos dele. Essa maneira de se relacionar com a dança é, para mim, uma maneira de se relacionar com o mundo. E se é verdade que, muitas vezes, seja mais fácil praticar esse modo de pensar através do movimento, podemos com ele aprender a mover as nossas vidas.

(9) FRANGNE, Pierre-Henry. *Le fragment et le quotidien dans l'art*. Disponível em: <http://pierre.campion2.free.fr/frangne_fragment.htm> p. 05.

(10) SPINOZA. *Éthique*. Paris/Tel-Aviv: Éditions de l'Éclat, 2005. p. 263.

Artes & Artistas: Breve Ensaio sobre Discriminação

PATRÍCIA SOUSA CARMO

1. Discriminação e a arte

Hefestos, o deus ferreiro da mitologia grega, possuía o controle do fogo e a compreensão da natureza dos metais, que — aliados ao seu gênio inventivo e grande habilidade manual — fizeram-no ser reconhecido como o ferreiro e artesão divino. Em sua oficina, localizada no interior de um vulcão, forjou os raios de Zeus, as armas usadas pelos heróis Perseu, Héracles e Aquiles, o machado de ouro que deu vida a Atena e as flechas que permitiram que Apolo eliminasse a serpente Pitão.(1)

Contudo, sua qualidade de deus e a importância de seus genitores, Zeus e Hera, não impossibilitaram que fosse discriminado em razão de seu físico disforme: pernas finas e corpo encurvado, desproporcional ao seu rosto forte.

A discriminação também está presente na música. Por exemplo, a ópera "As Valquírias", de Richard Wagner, não só retrata a cavalgada das semideusas Valquírias, mas a saga do anão, Nibelungo, que, em razão da discriminação, renega o amor e se torna a única pessoa capaz de forjar o anel com o ouro proveniente do fundo do Rio Reno.

Carla Alves Barrio, bailarina profissional e deficiente física(2), foi denominada "a deusa Vênus da dança", quando se apresentou em Taiwan durante o International Festival of Very Special Arts, o que não impediu que fosse discriminada, até mesmo na própria dança.

No cinema, o filme "The Colour of Purple" retrata a discriminação racial e de gênero que permeava as relações sociais nos Estados Unidos da América no início do século XX.

"A arte imita a vida", já dizia Oscar Wilde.

(1) MATIUZZI, Alexandre. *Mitologia ao alcance de todos* — Os deuses da Grécia e Roma antigas. São Paulo: Nova Alexandria, 2000. p. 27.

(2) Portadora de Talidomida.

Digitalizado com CamScanner

Por essa razão, a problemática da discriminação é tema recorrente na Arte, ao longo dos tempos.

Entender o fenômeno sob o ponto de vista objetivo — como a arte discriminava e era discriminada — e sob a ótica subjetiva — como os artistas discriminavam e eram discriminados — ajuda-nos a conhecer melhor a sociedade em que vivemos e, consequentemente, a criar métodos mais eficientes para o controle e erradicação da discriminação.

2. A Arte discriminatória e Arte discriminada

A palavra *arte* provém do latim *ars* e corresponde à maneira de ser ou de agir, habilidade natural ou adquirida, ciência, ofício, instrução, conhecimento, saber, profissão, destreza, perícia, habilidade, gênio, talento.[3]

A Arte é algo intrínseco ao ser humano, é a expressão de um determinado povo. Dessa forma, pode ora discriminar, ora ser discriminada.

A arte discrimintória é aquela que faz uma diferenciação imotivada sobre qualquer assunto.

As fotografias tiradas pelo artista peruano Alberto Vargas, nos Estados Unidos da América, na década de 1920, não só consagraram o estilo *Pin up* (que retrata as mulheres com corpos perfeitos e rostos angelicais em uma atmosfera de sofisticação e de feminilidade), mas revelaram a discriminação para com a mulher. Uma vez que o estilo reforçava a ideia da mulher dócil responsável pelos afazeres domésticos, uma crítica à reestruturação dos papéis socioculturais atribuídos a homens e mulheres

Contudo, a discriminação de gênero não esteve presente apenas nas obras de arte, estava em toda a sociedade e, consequentemente, também nos bastidores artísticos. Em razão disso, Alice adotou o pseudônimo de Jorge Sandi para driblar a discriminação e veicular seus livros.

Os menestréis[4], nos Estados Unidos da América, à época da Guerra de Secessão, são outro exemplo de arte discriminatória, uma vez que os brancos pintavam suas faces de preto para parodiar a vida dos afro-americanos.

De outro lado, Arte discriminada é aquela que *sofre* a diferenciação imotivada. Por exemplo: na Idade Média, toda Arte que não tivesse cunho religioso era considerada demoníaca e impura.

Em 1793, quando o Museu do Louvre foi fundado, toda a Arte da Idade Média foi discriminada, inclusive produções francesas, visto que não havia uma só obra ali exposta[5].

(3) *Dicionário Eletrônico Houaiss.*

(4) Espetáculo em que o poeta retrata de forma lírica histórias reais ou inventadas.

(5) Disponível em: <http://www.anpap.org.br/2007/artigos/008.pdf>.

Na atualidade, a falta de beleza em muitas produções artísticas tem sido o fundamento de discriminação da Arte Modernista e Pós-Modernista, uma vez que esses estilos artísticos não se comprometem com a plástica da Arte, mas sim com a sua função, quais sejam: representativa (quando representa a realidade), reflexiva (quando indaga e questiona a realidade), modernizante (quando rompe com os padrões da época e incita mudanças da sociedade) entre outras.

Para autores como Gombrich, a própria grafia da palavra "Arte", em vez de "arte", tão comum nos últimos séculos — e usada até neste trabalho — pode ter cunho discriminatório. Discriminação *da própria arte*, pois essa mudança acompanhou uma alteração no significado da palavra, que passou a ser atribuída, somente, aos belos artigos de luxo.[6]

Enfim, Arte discriminatória e Arte discriminada são percepções distintas e possíveis de um mesmo objeto — e derivam das interferências que ela exerce no meio e nela própria são exercidas.

3. Artistas: vítimas e vetores da discriminação

Ser poeta é ser mais alto, é ser maior
Do que os homens! Morder como quem beija!
É ser mendigo e dar como quem seja
Rei do Reino de Aquém e de Além Dor!

É ter de mil desejos o esplendor
E não saber sequer que se deseja!
É ter cá dentro um astro que flameja,
É ter garras e asas de condor!

É ter fome, é ter sede de Infinito!
Por elmo, as manhãs de oiro e de cetim...
É condensar o mundo num só grito!

E é amar-te, assim, perdidamente...
É seres alma, e sangue, e vida em mim
E dizê-lo cantando a toda a gente!

(Florbela Espanca)

O poeta é aquele que impulsiona a grande roda da história[7], que imita, recria, cria, reinventa, desconstrói, que sente e se ressente, que vai além...

O poeta é um artista, assim como todos os artistas são poetas. Poetas donos de outras ferramentas: são escultores, pintores, escritores, cantores, bailarinas, palhaços, trapezistas, músicos, desenhistas, entre outros.

(6) GOMBRICH, Ernest. *A história da arte*. Rio de Janeiro: LTC, 1993. p. 3.

(7) CAZUZA. *O poeta está vivo.*

Digitalizado com CamScanner

A História da Arte não indica um marco exato no surgimento dos artistas e considera desnecessária tal atividade, visto que "não se concebe um povo sem arte"[8].

Nesse ponto, e por igual razão, não é possível conceber um povo sem seus artistas, o que não impede que em determinados momentos eles sejam discriminados ou discriminem.

O Artista pode discriminar ao fazer uso das cores, das sombras, da profundidade, da perspectiva. A representação do Mapa-múndi de Gerardus Mercator é um exemplo de discriminação produzida pelo artista que, por meio da proporção, distorceu a conformação dos continentes[9] para representá-los de maneira que privilegiasse os países poderosos.[10]

Já discriminação para com o artista é mais frequente e está presente em vários momentos da história.

Na Antiguidade Clássica, a Arte teve importante papel na vida dos povos: foi fonte de inspiração dos pensadores, a exemplo das doze musas gregas, ou retratou as façanhas nas expedições militares.

Em geral, os artistas detinham profundos conhecimentos da medicina, matemática e física. Contudo, como o trabalho manual era considerado tarefa impura, vergonhosa, que impedia o desenvolvimento do intelecto, não tinham projeção na sociedade, e quase sempre eram discriminados. Luciano bem retratou essa dicotomia:

> Ainda que te convertas em um Fídias ou um Policleto e cries muitas obras maravilhosas, todos elogiarão tua obra, é certo, mas nenhum dos que te veem quera ser como tu; pois seja como seja tua obra serias considerado um artífice, um artesão, um que vive do trabalho das suas mãos.

Michelangelo, responsável por tantas obras imortais, como as pinturas "Criação do Homem" e "Criação do Sol e da Lua", na Capela Sistina, sofreu essa discriminação em sua própria família. Seu pai, Ludovico di Lionardo Buonarroti Simoni, proveniente de família de velha e aristocrática linhagem florentina, achava vergonhoso que seu filho se tornasse um artista.

Vicente Van Gogh (1853-1890), o célebre pintor pós-impressionista neerlandês, considerado um dos maiores de todos os tempos, morreu pobre e ignorado. Embora sua produção artística tenha sido aclamada após sua morte, sua vida foi marcada pela discriminação, por não se adequar aos padrões da época: foi incapaz de constituir família, custear a própria subsistência ou até mesmo manter contatos sociais.[11]

(8) GOMBRICH, Ernest. *A história da arte*. Rio de Janeiro: LTC, 1993. p. 19.

(9) A Groenlândia é duas vezes maior que a América do Sul nesse planisfério, o que não condiz com a real proporção desses continentes.

(10) A Europa encontra-se no centro do mapa.

(11) Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Vincent_van_Gogh>.

Donatien Alphonse François de Sade, o marquês de Sade (1740-1814), aristocrata francês e escritor libertino, escreveu grande parte de suas obras quando estava em um hospício, resultado da discriminação por seus livros extravagantes e pelo comportamento inadmissível para a época.[12]

O poeta e pintor inglês William Blake (1757-1827) retratou em suas obras as mazelas da sociedade industrial: a pobreza, a injustiça social, a face perversa do poder da Igreja e do Estado. Em razão disso, sua arte foi discriminada e não reconhecida.[13]

4. A Arte no combate à discriminação

Seja a mudança que você deseja ver.
(Gandhi)

"Caminhando contra o vento, sem lenço e sem documento, no sol de quase dezembro, eu vou"[14] — cantava Caetano Veloso, em meio à ditadura que assolava seu país.

Estes versos, à primeira vista inocentes, compõem uma das principais bandeiras do Tropicalismo (1967-1968), movimento dos artistas da música popular brasileira em resposta às atrocidades cometidas na ditadura.

"Heal the World", música de Michael Jackson, Quince Jones e Lionel Richie, gravada na voz de artistas consagrados do cenário norte-americano, e que estimula as pessoas a criarem um mundo melhor, foi o *slogan* de campanha contra a fome que arrecadou milhões de dólares.

No Brasil, na década de 1920, quando o mundo se organizava após a Primeira Guerra Mundial e se adaptava às novas tecnologias e mudanças sociais, o movimento artístico *"Madames, mademoiselles, melindrosas: representações femininas na revista Fon-Fon*[15] *(1920-1930)"* contribuiu não só para retratar o que acontecia em outros países, mas também para incentivar a inserção da mulher na sociedade carioca:

> A mulher dessa época é moderna e na maioria das vezes causa espanto com suas atitudes consideradas avançadas para seu tempo. Há uma quebra da hierarquia do público-privado, e a mulher começa a ser vista passeando sozinha pelas ruas dos grandes centros. O correto seria o homem sair para o espaço público enquanto a mulher dedica-se somente às tarefas domésticas. Com a mulher tornando-se "moderna", essa hierarquia "correta" é invertida.

(12) Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Marqu%C3%AAs_de_Sade>.

(13) Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/William_Blake>.

(14) VELOSO, Caetano. *Alegria, alegria.*

(15) Revista ilustrada brasileira, com enfoque na vida social carioca, que circulou de 13 de abril de 1907 a 28 de dezembro de 1945, e assim era denominada por alusão ao barulho feito pela buzina dos automóveis, a expressão do moderno e de uma nova época.

Digitalizado com CamScanner

> As mulheres ganham o espaço público, vão sozinhas às ruas, fazem compras sem acompanhante algum.[16]

A Arte imita a vida, mas não só a imita.

Pintura. Escultura. Música. Dança. Teatro... multíplas expressões de um único objetivo: ir além...

Expressões significativas que criam, recriam, reinventam, constroem, desconstroem, criticam, pulverizam ideais e ideias e que muitas vezes se apresentam como um instrumento político de combate às mazelas do mundo, dentre elas a discriminação.

Certo é que a discriminação, modo imotivado de diferenciar, dissemina o preconceito e instaura a destruição da autoestima e a exclusão das pessoas, na escola, na igreja, no *shopping*, na academia, na Arte.

Ainda que também assole a Arte, a discriminação não tem potencial para paralisar ou destruir sua face combativa. Pelo contrário, potencializa-a, visto que os artistas usam sua sensibilidade, suas experiências e a própria discriminação para dar forma e força à expressão de seu protesto.

Um exemplo recente desse papel da Arte foi a mostra "Todos Somos Um", que esteve em cartaz na sede da Escola Superior do Ministério Público da União — Brasil (4 de setembro de 2008 — 12 de outubro de 2008), expondo pinturas, esculturas, fotografias, vídeos e instalações que discutem a discriminação, suas consequências e como combatê-la.[17]

"O combate à discriminação é o lema dos dez anos da ESMPU. Com a exposição, pretendemos ampliar a discussão, disseminar essa mensagem e, por meio da arte, sensibilizar as pessoas quanto à importância do assunto para a sociedade brasileira", explica Rodrigo Janot, diretor-geral da Escola.[18]

O Festival Internacional de Artistas Deficientes e a campanha portuguesa "Dançando Contra a Diferença" também são exemplos não só do viés político da Arte, como da inclusão social que promove:

> As populações minoritárias e diferentes costumam permanecer trancadas em lugares muito fechados, muito especializados. Temos que combater essa pusilanimidade social, cada um de nós individualmente. Temos que promover a integração.

Arte. Arte. Artistas... inspiram a mudança que desejamos ver: erradicação da discriminação e construção de uma sociedade melhor.

(16) Disponível em: <http://www.revistacontemporaneos.com.br/n2/pdf/resenhafonfon.pdf>.

(17) Disponível em: <http://www3.esmpu.gov.br/noticias/noticias/mostra-discute-o-combate-a-discriminacao/>.

(18) Disponível em: <http://www3.esmpu.gov.br/noticias/noticias/mostra-discute-o-combate-a-discriminacao/>.

Referências bibliográficas

CAZUZA. *O poeta está vivo.*

GOMBRICH, Ernest. *A história da arte.* Rio de Janeiro: LTC, 1993.

<http://www.anpap.org.br/2007/artigos/008.pdf>.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Vincent_van_Gogh>.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Marqu%C3%AAs_de_Sade>.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/William_Blake>.

<http://www.revistacontemporaneos.com.br/n2/pdf/resenhafonfon.pdf>.

<http://www3.esmpu.gov.br/noticias/noticias/mostra-discute-o-combate-a-discriminacao/>.

MATIUZZI, Alexandre. *Mitologia ao alcance de todos* — os deuses da Grécia e Roma antigas. São Paulo: Nova Alexandria, 2000.

PROENÇA, Graça. *História da arte.* São Paulo: Editora Afiliada, fl. 170.

VELOSO, Caetano. *Alegria, alegria.*

Digitalizado com CamScanner

Discriminação na Ciência

André Koch Torres Assis

1. Introdução

Neste trabalho vou discorrer sobre alguns tópicos relacionados com a discriminação na ciência. De acordo com o Novo Dicionário Aurélio, ciência se refere a um conjunto organizado de conhecimentos relativos a um determinado objeto, especialmente os obtidos mediante a observação, a experiência dos fatos e um método próprio. Aqui vou lidar mais com as ciências exatas e naturais, tais como a matemática, a engenharia, a física e a astronomia. Um dos sentidos de discriminação que vou empregar aqui também é fornecido pelo Aurélio: separação, apartação, segregação.

Há diversos aspectos que podem ser abordados num tema tão amplo e que não serão discutidos aqui, tais como: discriminação sexual (há mais homens do que mulheres formados em física, química, engenharia e matemática, quais as razões para isto?); discriminação racial (há um percentual menor de negros com curso superior do que o percentual de negros na população brasileira, quais os principais fatores que influenciam nisto?); pobreza material do Brasil quando comparada a outros países de primeiro mundo (laboratórios mal equipados, bibliotecas deficientes) etc. Neste trabalho vou me concentrar em alguns aspectos econômicos específicos ligados ao problema e principalmente em discriminações que ocorrem entre os próprios cientistas.

2. Discriminação na educação científica

É bem conhecido o fato de que boa parte da população no Brasil é analfabeta. Em geral isto é motivado por questões econômicas já que as crianças de famílias pobres têm de trabalhar desde cedo para ajudar no orçamento doméstico, deixando, portanto, de frequentar a escola, mesmo que esta seja gratuita. Este fenômeno tem ocorrido há muito tempo em diversas sociedades. Num livro interessante em que descreve a vida do dia a dia nas civilizações antigas da Babilônia e da Assíria, Saggs relata a educação de um escriba e, entre outras coisas, mostra que a educação era restrita aos filhos das pessoas mais ricas e influentes (governantes, religiosos, comerciantes) (SAGGS, 1965). Curiosamente descreve também alguns prédios ainda conservados de quatro mil anos atrás que funcionavam como escolas e que são muito similares às salas de aula de hoje

em dia: vários bancos enfileirados onde se sentavam os estudantes para ouvir aos professores. Há tabletes de argila descrevendo a aprendizagem dos estudantes deste período e vemos muitas coisas equivalentes ao que temos atualmente.

Mesmo quando as crianças entram nas escolas, diversos fatores atuam para distingui-las ou separá-las. Há trinta anos, as escolas públicas brasileiras de primeiro e segundo graus ofereciam um ensino de excelente qualidade, sendo disputadas pelos melhores alunos. Nos dias de hoje, em geral, as escolas particulares são mais bem equipadas materialmente que as escolas públicas. Consequentemente, as crianças que frequentam as escolas públicas acabam ficando defasadas em relação às que frequentam as particulares. Se isto não é superado por esforço dos pais ou do próprio aluno, vão acabar sofrendo as consequências ao chegarem à vida adulta.

Em nível universitário (graduação e pós-graduação), a situação ainda é invertida. Ou seja, boa parte das melhores universidades brasileiras, em termos de qualificação de seus professores, dos equipamentos materiais e das pesquisas realizadas é pública (federais ou estaduais) e, portanto, gratuita. Nos últimos anos está crescendo rapidamente a quantidade e a qualidade das universidades particulares, indicando que talvez possa ocorrer em nível de terceiro grau o que ocorreu no ensino básico. De qualquer forma, mesmo que hoje em dia o estudante queira formar-se na faculdade pública, tem de passar em exames de vestibular. Aqui mais uma vez leva vantagens aquele que teve boa formação, que pôde dedicar-se aos estudos sem ter de trabalhar ao mesmo tempo, que pôde frequentar cursinhos etc. Vemos novamente fatores econômicos tendo um peso importante nesta discriminação entre as pessoas.

Na área de ciências exatas há duas habilidades principais para que a pessoa seja um bom cientista. Uma é a habilidade manual com a qual a pessoa opera equipamentos, realiza medidas, faz experiências e pode construir ou consertar aparelhos. A outra é a habilidade matemática ou simbólica com a qual a pessoa realiza cálculos nem sempre triviais, resolve equações, lida com fórmulas e conceitos abstratos, opera calculadoras e computadores. Durante os estudos secundários, nos exames vestibulares e na maioria das disciplinas universitárias, privilegia-se nas cobranças (exercícios, provas e exames) esta segunda habilidade. Com isto, acaba-se marginalizando ou deixando de ser aproveitados alunos com uma habilidade manual muito boa que poderiam tornar-se excelentes cientistas. Faraday, por exemplo, um dos cientistas mais brilhantes que já surgiram, foi autodidata e seus conhecimentos matemáticos sempre foram muito limitados. Dificilmente ele teria passado num vestibular ou sobrevivido a um curso superior de Física, como os que existem hoje em dia. Para evitar este problema, uma maneira seria dar mais peso nas avaliações às atividades e habilidades manuais, equilibrando ao que é exigido em termos matemáticos e teóricos.

A recente decisão do governo federal de separar o ensino técnico do ensino de segundo grau clássico tende a ampliar esta distorção. Antigamente aqueles que faziam

Digitalizado com CamScanner

um segundo grau técnico (em eletrônica, química, mecânica,...) podiam entrar na faculdade simplesmente passando no vestibular. Agora isto não é mais permitido. Para entrar na universidade a pessoa que tiver cursado o segundo grau em escola técnica terá de cursar também o segundo grau clássico. Isto certamente vai desmotivar as pessoas a realizarem escola técnica. Considero isto lastimável, pois, por experiência própria, os melhores estudantes que já tive vieram da escola técnica. O procedimento deveria ser invertido, ou seja, incentivar mais e mais as escolas técnicas, abrindo mais portas aos que saem formados por elas já que lá adquirem uma formação dificilmente alcançada em outros lugares.

3. Discriminação pelo idioma

Mesmo aqueles que superam todas as barreiras educacionais e tornam-se cientistas têm pela frente um outro obstáculo, que é o idioma dominante na ciência. No passado as grandes obras eram escritas em latim. Durante o século XVII isto começou a mudar e grandes obras passaram a ser escritas na língua nativa da pessoa. Desde a Segunda Guerra Mundial, a maior parte dos textos científicos são publicados em inglês, assim como é este o idioma oficial na maioria das conferências internacionais. Como a ciência está cada dia mais globalizada, torna-se essencial o domínio deste idioma se o cientista quiser se comunicar com a comunidade internacional.

Para auxiliar na formação dos jovens brasileiros que muitas vezes só conhecem o básico da língua inglesa, é imprescindível um esforço coletivo no sentido de se traduzir para o português pelo menos os clássicos da ciência. Em termos de economia, isto já foi feito com a coleção "Os Economistas". De certa forma o mesmo acontece na área de filosofia com a coleção "Os Pensadores". É fundamental que se realize algo análogo em termos das ciências exatas, traduzindo-se as grandes obras de astronomia (Ptolomeu, Kepler, Hubble,...), matemática (Euclides, Descartes, Gauss,...), física (Arquimedes, Newton, Maxwell,...), química (Lavoisier, Dalton,...) etc. Já há traduções parciais em português das obras de Copérnico, Galileu, Pascal, Huygens, Newton e alguns outros, mas muito mais é necessário para que tenhamos uma base sólida a oferecer aos nossos jovens. Nem se compara com aquilo que já existe em inglês (como a coleção Great Books of the Western World, da Enciclopédia Britânica), em alemão ou em francês.

4. Funcionamento das agências de financiamento

Passo agora a discutir discriminações que ocorrem quando a pessoa já se tornou cientista e trabalha no mundo acadêmico.

Gostaria de analisar aqui como ocorre em geral um financiamento pelas agências de fomento à pesquisa. O cientista pode querer comprar um equipamento, participar de um congresso no exterior, organizar uma conferência, obter uma bolsa de mestrado ou doutorado para um estudante etc. Ele, então, faz a sua solicitação preenchendo

formulários específicos e informando os dados relevantes (projeto de pesquisa, objetivos, cronograma, local de realização,...). Encaminha, então, seu pedido à agência adequada. As agências em geral têm um comitê assessor de cada área (engenharias, medicina, ciências humanas, física e astronomia, etc.). Este comitê pode aceitar ou não a solicitação, ou, o que é mais comum, encaminha a solicitação para um ou mais assessores anônimos, especialistas na área, que vão analisar o mérito do pedido. Baseado nos pareceres emitidos por estes assessores, o comitê toma a decisão final.

Nas situações normais tudo funciona bem. Os problemas surgem quando a pessoa que faz o pedido não é bem-vista por um ou mais membros do comitê assessor, seja por motivos políticos ou pessoais. Nestes casos, pode haver interferências de cunho não acadêmico, ou seja, não ligadas a problemas técnicos. Na simples escolha de quem vai julgar o pedido, de quem vai ser o assessor anônimo, muitas vezes já se define o resultado do pedido. Escolhendo-se um amigo ou inimigo de quem está fazendo o pedido ou de certa área de pesquisa, pode-se influenciar fortemente o resultado da solicitação. E isto acontece de forma mais comum do que se imagina. Nos casos em que a pessoa tem um pedido negado, fica difícil recorrer. Em primeiro lugar, o comitê assessor atua coletivamente, sendo os resultados assinados pela maioria de seus membros (raramente um único assume toda a responsabilidade). E, mesmo assim, o comitê baseia sua decisão em pareceres anônimos (os membros do comitê sabem quem deu o parecer, mas a pessoa que fez o pedido fica sem esta informação). Os recursos contra pareceres contrários são demorados e, na maioria das vezes, não dão em nada. E o pior é quando aparecem pareceres maldosos ou maliciosos, que acabam afetando o nome de quem fez o pedido, sem que esta pessoa saiba de onde está vindo o ataque.

Uma das maneiras de se evitar este problema seria a de ter todos os pareceres assinados e que a pessoa que fez o pedido soubesse quem deu o parecer, seja ele positivo ou negativo. Infelizmente esta não é a norma da comunidade acadêmica e acho difícil que o procedimento padrão seja modificado.

5. Publicação em revistas científicas

Além do ensino, uma das funções básicas do cientista é a de realizar pesquisas inéditas e de tornar públicos os resultados a que chega. Em geral, publica suas pesquisas na forma de artigos técnicos em revistas científicas nacionais ou internacionais, e mais raramente na forma de livros. Depois de chegar a um novo resultado experimental ou teórico, escreve um artigo e o envia para a revista adequada. A maior parte das revistas tem não apenas um editor, mas todo um corpo editorial composto de vários cientistas especializados na área técnica de especialização da revista. Este corpo editorial pode aceitar ou rejeitar o trabalho diretamente. Mas o mais comum é que o enviem para um ou mais árbitros (*referees* em inglês), especialistas no assunto do artigo. Novamente a prática mais difundida é a de que estes árbitros sejam anônimos, isto é, sendo seus nomes conhecidos do editor ou do corpo editorial, mas sem que o autor do artigo saiba quem emitiu os pareceres. Com base nestes pareceres, o editor aceita, rejeita, ou solicita uma reformulação do artigo.

Digitalizado com CamScanner

Na maior parte dos casos tudo funciona bem. Mas, como no caso anterior, os problemas surgem quando há problemas pessoais ou políticos entre o autor e um ou mais membros do corpo editorial (ou entre o autor e o árbitro da revista). Dependendo da escolha do árbitro, o destino final do artigo já está selado, ou seja, se ele vai ser aceito ou rejeitado. E novamente o autor fica numa situação desfavorável, já que os editores e árbitros sabem quem escreveu o artigo, mas ele não sabe quem é o árbitro que está julgando seu trabalho. Pareceres maldosos ou que denigrem a imagem ou o trabalho do autor acabam afetando seu nome, sendo que ele fica numa situação difícil para se defender (os ônus da prova ficam com ele, e não com quem fez a acusação).

Novamente estes problemas poderiam ser evitados ou diminuídos se o autor soubesse o nome dos árbitros que estão emitindo os pareceres. Isto faria com que os pareceres fossem escritos de forma mais cuidadosa e consciente. Só que a prática de árbitros anônimos é a mais comum em revistas brasileiras e internacionais. O argumento principal que se usa para defendê-la é a objetividade dos cientistas e que os árbitros vão se sentir mais livres para emitirem seus pareceres verdadeiros estando protegidos no anonimato. Só que infelizmente isto acaba dando um poder exagerado a estas pessoas e os autores ficam quase que indefesos perante os preconceitos e atitudes corporativistas de diversas pessoas e instituições. Certamente esta prática já impediu, está impedindo e vai continuar a impedir a publicação de resultados novos e revolucionários que poderiam avançar nossa tecnologia e conhecimento da natureza. Embora eu particularmente seja contrário a esta prática de anonimato, sei que dificilmente será mudada.

6. Discriminação pelos próprios cientistas

Um outro ponto que gostaria de discutir é a discriminação realizada pela própria comunidade acadêmica contra muitos cientistas. Esta é uma coisa que em geral não se espera, já que a visão que se tem da comunidade acadêmica é a de pessoas abertas a ideias novas, questionadoras de dogmas estabelecidos e que colocam a palavra final na experiência, e não na autoridade. Na realidade, quando se vive no meio acadêmico, a realidade é bem diferente desta visão idealizada. Vou discutir este ponto com exemplos concretos. Antes de apresentá-los, quero chamar a atenção para um livro excelente que descreve o funcionamento da ciência e seu crescimento de forma muito realista e concreta: *A Estrutura das Revoluções Científicas*, de Thomas Kuhn (KUHN, 1978). Tenho vivido na pele tudo aquilo que Kuhn descreve neste livro e, portanto, sei que sua visão do desenvolvimento científico é baseada numa percepção profunda e verdadeira de como realmente as coisas acontecem.

Um livro interessante que descreve bem o ambiente acadêmico brasileiro e os diversos fatores que o impedem de atuar com toda sua potencialidade é *A Sinecura Acadêmica* (COELHO, 1988). Neste livro analisa-se a separação entre ensino e pesquisa, entre a graduação e a pós-graduação, a barreira contra a competência, assim como o corporativismo docente.

O primeiro exemplo que quero apresentar é o de Galileu (1564-1642). Em 1589, torna-se professor de matemática na Universidade de Pisa e, em 1592, é nomeado para a Cátedra de matemática na Universidade de Pádua. Permanece em Pádua por 18 anos, sendo esta a fase mais produtiva de sua carreira e onde desenvolve seus principais resultados que o imortalizaram na física, embora só vá publicar seus resultados no final da vida. Em 1610, toma posse no cargo de Primeiro Matemático e Filósofo da família dos Médicis em Florença. Inicialmente segue as teorias de Aristóteles (384-322 a.C.) e de Ptolomeu (floresceu ao redor de 150 d.C.), que colocavam a Terra parada no centro do universo, com o sol e os outros astros girando ao seu redor. Por volta dos 25 ou 30 anos, se converte à teoria heliocêntrica de Copérnico (1473-1543), que havia sido publicada em 1543, no ano de sua morte. Nesta teoria é o sol que está parado no centro do universo, com a Terra girando ao redor do seu eixo com o período de um dia e orbitando ao redor do sol com o período de um ano. É bem conhecido o fato de que, ao começar a expor publicamente estas ideias, entra em conflito com a Igreja e que o Santo Ofício o proíbe, em 1616, de ensinar e de divulgar a teoria copernicana. Em 1632, publica seu livro *Diálogo sobre os Dois Máximos Sistemas do Mundo, Ptolomaico e Copernicano*. No ano seguinte é condenado pela Inquisição e renuncia solenemente a suas afirmações. Apesar disto, ainda publica, em 1638, seu último e mais importante livro, *Duas Novas Ciências*, sobre a resistência dos materiais e sobre a dinâmica (queda livre uniformemente acelerada, movimento parabólico de projéteis etc.).

Menos conhecido é o fato de que boa parte da resistência a suas ideias e a suas publicações tenha partido do próprio meio acadêmico. Isto está bem demonstrado no livro *O Homem e o Universo*, de Arthur Koestler (KOESTLER, 1989). Apesar de Galileu já ter se convertido ao sistema Copernicano há vários anos, só vai se pronunciar publicamente a favor deste sistema em 1613. Porém, na sua primeira carta ao astrônomo Kepler (1571-1630), datada de 1597, Galileu afirmou: "Escrevi inúmeros argumentos em apoio a ele [Copérnico] e em refutação ao parecer oposto, mas até agora não ousei publicá-los, atemorizado pelo destino do próprio Copérnico, nosso mestre, que, embora adquirisse fama imortal com alguns, constitui ainda, para uma infinita multidão de outros (que tal é o número de tolos), objeto de ridículo e zombaria. Certamente ousaria publicar as minhas reflexões imediatamente se existisse mais gente como vós; como não existe, saberei conter-me" (KOESTLER, 1989. p. 246). Como mostra Koestler (p. 247), o medo de Galileu em publicar suas opiniões não é porque temia a perseguição religiosa nesta época, mas pelo fato de que tinha medo de ser ironizado e de provocar riso, tinha receio do ridículo dos mestres instruídos, seus colegas professores de Pisa e de Pádua que seguiam os ensinamentos de Aristóteles e Ptolomeu. Galileu foi um dos primeiros a construir telescópios e a utilizá-los para a observação dos astros celestes, em 1609. Em março de 1610, Galileu publica sua primeira obra, o pequeno livro *Sidereus Nuncius* (A Mensagem das Estrelas, ou O Mensageiro das Estrelas), em que descreve suas descobertas com o telescópio que abalam a visão antiga de um céu perfeito (cita montanhas na lua, a via láctea contendo uma infinidade de estrelas, manchas solares, e luas orbitando ao redor do planeta Júpiter). Fica famoso a partir desta obra polêmica, mas muitos

Digitalizado com CamScanner

não conseguem ver as luas de Júpiter com seu instrumento rudimentar. É importante citar aqui um trecho da obra de *Koestler*, páginas 298-9, minha ênfase:

> Ao cabo de um breve período, também os jesuítas astrônomos confirmaram a natureza "terrestre" da lua, a existência de manchas solares, e o fato de os cometas se moverem no espaço exterior, por trás da perfeita e imutável das esferas celestes. Assim, a ordem intelectualmente mais importante no seio da Igreja Católica afastava-se, naquele tempo, de Aristóteles e Ptolomeu, tomando uma posição intermediária no tocante a Copérnico. Festejava e elogiava Galileu, que ela sabia ser Copernicano, e mantinha Kepler, o mais notável expoente do Copernicanismo, sob sua proteção.
>
> *Havia, porém, um poderoso corpo de homens cuja hostilidade a Galileu jamais arrefeceu: os aristotélicos das universidades.* A inércia do espírito humano e a sua resistência à inovação ficam mais claramente demonstradas não, como se poderia esperar, pela massa ignorante — facilmente arrebatada quando lhe prendem a imaginação — mas por profissionais de interesse invertido na tradição e no monopólio do ensino. *A inovação constitui dupla ameaça às mediocridades acadêmicas: põe-lhes em perigo a autoridade oracular, e desperta o medo mais profundo do colapso possível de todo o seu edifício intelectual laboriosamente construído.* Os caipiras acadêmicos têm sido a maldição do gênio desde Aristarco até Darwin e Freud; estendem-se, como sólida e hostil falange de mediocridades pedantes, através dos séculos. Foi tal ameaça — não o bispo Dantiscus nem o papa Paulo III — que obrigou Copérnico ao silêncio por toda a vida. No caso de Galileu, a falange assemelhou-se mais a uma retaguarda, mas firmemente entrincheirada em cátedras acadêmicas e púlpitos de pregadores.
>
> (vem então um trecho da terceira das Cartas sobre Manchas Solares, de 1612, que contêm a primeira afirmação impressa de Galileu em favor do sistema Copernicano):
>
> "... *Continuam a opor-se ao meu trabalho vários severos defensores de todos os menores argumentos dos peripatéticos* (seguidores de Aristóteles). Pelo que me é dado ver, consistiu-lhes a educação em se nutrirem, desde a infância, da opinião de que filosofar é, e só pode ser, fazer uma extensa inspeção dos textos de Aristóteles, que de vários trechos podem tirar e reunir grande número de soluções para qualquer problema apresentado. Jamais querem levantar os olhos dessas páginas, como se o grande livro do universo tivesse sido escrito para ser lido exclusivamente por Aristóteles, cujos olhos teriam sido destinados a ver para toda a posteridade."

No ano seguinte, Galileu escreve e circula publicamente outra carta, à Grã-duquesa Cristina, em que afirma coisas similares: "Há alguns anos, como bem sabe Vossa Serena Alteza, descobri nos céus muitas coisas nunca vistas antes da nossa época. A novidade de tais coisas, bem como algumas consequências delas oriundas em contradição às noções físicas comumente aceitas no seio dos filósofos acadêmicos, instigaram contra mim um número não pequeno de professores, como se eu tivesse colocado tais coisas no céu com as minhas próprias mãos, a fim de perturbar a natureza e abater as ciências..." A animosidade do meio acadêmico foi se ampliando e contagiando também a vários membros da Igreja Católica ligados às universidades. Em 1616, o Santo Ofício coloca o livro de Copérnico no Índex (catálogo dos livros cuja leitura era proibida pela igreja). No mesmo ano, o Santo Ofício faz a Galileu uma injunção (ordem formal ou imposição): que ele não devia sustentar, nem defender, nem ensinar o sistema de Copérnico, fosse qual fosse a maneira, verbalmente ou por escrito. Como ele publicou, em 1632, o livro *Diálogo sobre os Dois Máximos Sistemas do Mundo, Ptolomaico e Copernicano*, em que defende o sistema de Copérnico, é levado a julgamento pelo Santo Ofício, em 1633. Como resultado deste julgamento, seu livro *Diálogo* foi proibido. Além disto, Galileu foi obrigado a abjurar (renunciar solenemente) a opinião copernicana, foi condenado à prisão formal durante o tempo que aprouvesse ao Santo Ofício, e por três anos devia repetir, uma vez por semana, os sete salmos penitenciais. O texto completo da sentença e da abjuração de Galileu encontram-se nas págs. 419-422 de (*Koestler*, 1989). Felizmente ainda publicou sua obra mais importante em que cria as bases da dinâmica moderna em 1638, morrendo em 1642.

Pode-se pensar que isto acontecia apenas naquela época e que, hoje em dia, não mais aconteceriam coisas assim. Na verdade digo que a situação é essencialmente a mesma, mudando-se apenas os métodos e os personagens. Diversos exemplos de uma reação irracional e não científica contra áreas alternativas da ciência podem ser encontradas no livro *Forbidden Science* (MILTON, 1994). Aqui ele ilustra reações da comunidade acadêmica contra diversos tipos de pesquisa alternativa: paranormal, medicina alternativa, telepatia, bioenergia, acupuntura, psicocinese, terapia hipnótica, fusão nuclear a frio etc. Mas as reações contrárias à pesquisa científica ocorrem também dentro das áreas já estabelecidas da ciência, como astronomia, eletromagnetismo, mecânica ou óptica. Para ilustrar isto vou citar o caso de dois cientistas de renome ainda vivos, sendo que conheço pessoalmente um deles (Arp).

Arp é um astrônomo americano que obteve seu doutorado em 1953 no Caltech (California Institute of Technology) trabalhando em pesquisas astronômicas. Foi contratado no Carnegie Institution de Washington em 1957. Foi esta instituição que construiu os maiores telescópios do mundo na primeira metade do século. Os de 60 e de 100 polegadas ficam no Mount Wilson e foram operados pelo grande astrônomo Edwin Hubble (1889-1953). O de 200 polegadas fica no Mount Palomar e começou a operar em 1948. Em geral a divisão de tempo nestes grandes telescópios (quem vai observar e em que dias) é decidida por um comitê científico de alocação de tempo dos telescópios. Os astrônomos apresentam suas propostas e este comitê decide como dividir o tempo disponível no telescópio. Arp trabalhou com estes três telescópios. Em 1963, foram descobertos os quasares (*quasi-stellar radio sources*), isto é, objetos que no céu eram pequenos como estrelas, mas que emitiam luz principalmente na frequência de rádio,

Digitalizado com CamScanner

e não na frequência visível. Hubble havia descoberto em 1929 que quão mais afastado estava uma galáxia, mais sua luz tendia para o lado vermelho do espectro (*redshift*). A partir de 1966 começaram a ser medidos os *redshifts* dos quasares e observou-se que eles eram os mais altos conhecidos então. De acordo com os conceitos usuais, eles deveriam estar nos confins do universo. E é aqui que tem início a parte mais polêmica do trabalho de Arp, que se tornou um dos maiores especialistas mundiais na observação de quasares. Ele começou a observar que os quasares não estavam distribuídos ao acaso no céu, mas em geral estavam próximos de galáxias, sendo que se havia dois ou mais quasares perto de uma certa galáxia eles tendiam a ficar em lados opostos. O problema é que estas galáxias têm um *redshift* muito menor do que os quasares ao seu redor, indicando que não poderiam estar próximas destes quasares. Isto só poderia ser explicado na visão usual se por coincidência houvesse uma sobreposição no céu de objetos distantes e próximos de nós. Mas Arp mostrou que estatisticamente isto não parecia aceitável (a possibilidade era menor do que 1 em um milhão para diversos casos) e começou a achar que o modelo padrão nem sempre funcionava e que os quasares seriam objetos que têm um alto *redshift* intrínseco não ligado necessariamente a sua distância até nós. Isto gerou uma reação contrária de diversos cientistas e ele passou a ter dificuldades em publicar seus resultados. Mesmo quando ele passou a encontrar uma associação física entre alguns quasares e suas galáxias próximas, a evidência não foi aceita. A capa de um de seus livros mais recentes, por exemplo, é uma fotografia mostrando uma conexão luminosa entre uma galáxia e um quasar próximo, como se tivesse sido emitido da galáxia (ARP, 1987). Esta é uma evidência observacional que não pode ser negada. Em virtude da dificuldade da comunidade em aceitar que o modelo ou paradigma padrão podia estar errado, as reações contrárias ao seu trabalho passaram a ficar cada vez mais fortes. Em 1982 tudo eclodiu da pior forma possível. Isto está contado no Capítulo 10 (A Sociologia da Controvérsia) de seu livro citado anteriormente. Em 1982 ele recebeu uma carta do comitê de alocação de tempo do telescópio de 200 polegadas, onde ele trabalhava havia 25 anos, "informando que minha pesquisa tinha sido julgada sem valor e que eles pretendiam recusar mais tempo de observação [para suas pesquisas]. Com toda honestidade tenho de dizer que em minha vida o sol nunca iria brilhar tanto nem as manhãs teriam tanto frescor após este dia". Esta carta foi distribuída aos jornais e enviada à maioria dos observatórios do mundo. No ano seguinte, a decisão foi formalizada e, em 1984, ele também foi proibido de fazer observações em outro telescópio, Las Campanas. Proibir um cientista de realizar suas pesquisas é o que de pior pode acontecer. Nas palavras de Arp: "São as pessoas que fazem as descobertas e iniciam novas direções. Se não é permitido às pessoas seguir seus programas de pesquisa as consequências podem ser muito destrutivas não apenas para a ciência mas também para a instituição que está tentando fazer ciência." Quando se observa que o ocorrido com Arp aconteceu numa das instituições de maior prestígio do mundo, sendo ele um pesquisador sênior que havia dedicado sua vida a observar e a expor suas conclusões de maneira séria e honesta, só se pode concluir que a situação hoje em dia não é muito diferente da Idade Média ou do tempo de Galileu.

Outro exemplo a ser discutido aqui é o de Maurice Allais, engenheiro francês nascido em 1911. Em particular quero ressaltar suas pesquisas realizadas entre 1954 e 1960 lidando com mecânica (pêndulo) e com óptica (reflexão por espelhos planos). Estas experiências foram feitas no Instituto de Pesquisas da Siderurgia (IRSID), em Saint Germain, e no Instituto Geográfico Nacional da França (IGN). Nestas experiências realizadas em laboratórios fechados, Allais encontrou anisotropias nos fenômenos não explicadas pelas teorias estabelecidas. Como estas anisotropias podiam ser relacionadas com os astros celestes (sol e lua em particular), Allais conclui ser possível obter a posição da Terra em órbita por experiências puramente terrestres. Como isto contradiz os postulados da teoria da relatividade de Einstein, começou a sofrer pressões da comunidade acadêmica, em particular pelos membros da Academia de Ciências e do Comitê Nacional de Pesquisas Científicas — CNRS (análogo ao CNPq francês), os principais órgãos de pesquisas da França. Felizmente conseguiu descrever, em seu livro mais recente (ALLAIS, 1997. p. 69-72, 215-216, 225-235 e 685-689), diversos problemas por que passou. Teve vários de seus trabalhos recusados para publicação e boatos sem fundamento corriam pelos corredores contra suas pesquisas e contra sua pessoa (p. 225): "Fui constantemente e fortemente apoiado por certos membros da Academia de Ciências. Mas igualmente não cessei de ter de enfrentar a múltiplas objeções, entre as quais algumas totalmente infundadas, a oposições dogmáticas muito fortes, mais ou menos explícitas, à propagação incessante de rumores colocando em xeque a validade das minhas experiências e de meus resultados." Até que finalmente teve de fechar seus laboratórios em 1960 por total falta de recursos financeiros e de parar com todas suas pesquisas experimentais, apesar de estar chegando nos resultados mais espetaculares exatamente nesta época (p. 70): "Finalmente, apesar do sucesso estrondoso das experiências cruciais de julho de 1958, tive de fechar meus laboratórios do IRSID e do Bougival e de encerrar todas minhas pesquisas experimentais em junho de 1960." Qual o motivo para que tivessem tomado esta atitude discriminatória? Allais responde na página 233: "A razão sem dúvida é o domínio das forças obscuras e fanáticas, sempre tão ativas, sempre tão eficazes, sempre assim incompetentes, em todas as épocas em assegurar o domínio das 'verdades estabelecidas' e se opondo ao progresso da ciência." Já na página 686: "Para dizer a verdade, quão mais ignorantes eram os meus opositores, mais eles eram fanáticos." Suas pesquisas na área de física nunca foram retomadas. Mas, afinal, quem é Maurice Allais? Após estas decepções no campo da física, passou a se dedicar cada vez mais à economia. Terminou por ganhar o prêmio Nobel de economia em 1988!

7. Conclusão

Podem-se citar inúmeros casos análogos ocorrendo atualmente em todas as áreas da ciência. Os motivos para estas reações discriminatórias por parte de muitos cientistas são variados, mas podemos listar alguns deles: aceitação total das "verdades estabelecidas", grande competição por verbas, inveja, desconhecimento e medo do novo, corporativismo, luta de poder e prestígio etc. Provavelmente estas características do ser humano vão continuar a existir nos próximos séculos, o que significa que a discriminação na ciência

Digitalizado com CamScanner

vai permanecer. Como muitas destas atitudes ocorrem pelos corredores, mediante rumores e fofocas, fica difícil combatê-las. Mas pelo menos em termos da educação, em nível de segundo grau e universitário, seria possível alertar os jovens do que podem encontrar pela frente. Bem ou mal eles estão sendo treinados para superar as dificuldades experimentais e teóricas em seus cursos técnicos. Por outro lado, só se aprende com muito sofrimento e na vida real o poder do preconceito, da discriminação, do isolamento social, da gozação pelos pares e de outras coisas similares. Só por meio da educação e informação histórica destes fatos os jovens que querem se dedicar a uma vida científica estarão preparados e serão fortes o suficiente para superar estas pressões e combater o obscurantismo sempre presente no próprio ambiente acadêmico.

Referências bibliográficas

ALLAIS, M. *L'Anisotropie de l'Espace* — La nécessaire révision de certains postulats des théories contemporaines. Paris: Clément Juglar, 1977. v. 1: Les Données de l'Expérience.

ARP, H. *Quasars, Redshifts and Controversies*. Berkeley: Interstellar Media, 1987.

COELHO, E. C. *A Sinecura Acadêmica:* A Ética Universitária em Questão. Rio de Janeiro: Vértice em coedição com IUPERJ, 1988.

KOESTLER, A. *O Homem e o Universo*. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1989.

KUHN, T. S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1978.

MILTON, R. *Forbidden Science* — Suppressed Research that Could Change Our Lives. Londres: Fourth Estate, 1994.

SAGGS, H. W. F. *Everyday Life in Babylonia & Assiria*. Londres: B. T. Batsford Ltd., 1965.

A Discriminação na Escola: Recortes das Vidas de L., S., P. e R.

Mariana Fernandes Viana

As coisas que vou contar aprendi na escola. Numa escola pública, dessas que formam professores do primário. Mesmo já formada em jornalismo, eu queria ser uma delas — embora hoje não saiba se é mesmo isso o que eu quero. De todo modo, apesar de todos os seus pesares, aquela escola me ensinou a enxergar melhor as pessoas.

Separar, preterir, anular, esquecer. Discriminação é tanta coisa junta e pode se vestir de tantos modos. E um desses modos pode ser uma saia puída, guardada. O cabelo bem preso, amarrado, para não mostrar a raiz africana. As sandálias com restos de brilho, e bem baratas, rasteiras.

Era assim a minha colega L. Foi uma das primeiras que eu conheci na classe; naquela classe onde eu estava, mas que ao mesmo tempo não era a minha. Eu pelo menos tinha um carrinho velho e o conforto de uma casa. Já ela só andava de ônibus e morava em pouco mais do que um barraco. Sempre trabalhou o dia todo e estudou à noite.

O namorado trabalha num supermercado do mesmo bairro. Lugar onde certamente irão criar os filhos, que chegarão cedo, para viver a mesma sorte. Com o seu caminhar acanhado, a cabeça sempre baixa, o sorriso pequeno e surpreendentemente feliz, L. não precisava ter-me contado a sua história. Ela estava escrita nas suas coisas, nos seus jeitos, no seu corpo.

E, no entanto, eu a havia notado pela extraordinária beleza. Se a vida fosse outra, talvez pudesse ter sido modelo, viajar pelo mundo, ser capa de revista. Mas a nova classe que a espera é apenas aquela em que irá lecionar, ganhando pouco, trabalhando muito, e assim mesmo se tiver a sorte de passar num concurso — concorrendo com pessoas iguais a mim.

Mas se L. sonhava em ser professora, o seu sonho não era igual ao meu. Para sonhar é preciso pausa, descanso, *cuca fresca*. E toda vez que eu conversava com L., o seu sonho me parecia estressado, preocupado, mal dormido. As pessoas discriminadas têm menos tempo de sobra. Para vencer os obstáculos é preciso estar sempre se esforçando; é preciso ter muito mais coragem e determinação.

Digitalizado com CamScanner

Um exemplo de determinação talvez fosse o daquela outra menina, S., criada pela avó. Começou a trabalhar cedo, aos sete anos, catando lenha para vender e assim pagar os seus estudos. De dia, vivia como adulta. De noite, voltava a ser menina, com os castigos da mãe e as surras constantes do pai.

Sempre conciliando trabalho e estudo, dificilmente ela irá mudar o que de alguma forma já está resolvido. Se não conseguiu aprender, como é que poderá ensinar? O mercado de trabalho irá certamente descartá-la, apontando com o dedo o seu lugar no mundo.

Um dia, S. foi prejudicada por uma de nossas professoras. Estava doente, não fez a prova, e tirou zero, mesmo com atestado. Então escreveu uma carta ao coordenador, contando o que havia ocorrido. Conseguiu uma nova prova, mas a que preço? Vencida, a professora a ridicularizou diante da classe, apontando os seus erros de gramática — escritos, na verdade, por sua própria história de vida.

Outra moça, P., acostumara-se a acordar na hora de dormir. Pulava da cama às quatro da manhã, para trabalhar numa padaria que abria às cinco. Mas seu expediente não se estendia apenas até o fim das aulas. Tinha que percorrer um caminho de duas horas, na volta para casa. E ainda arrumava tempo para lavar vasilhas, fazer faxina e preparar o almoço do dia seguinte, para então recomeçar o outro dia.

Hoje, ela conseguiu outro emprego. Leciona numa escolinha infantil. Recebe um salário mínimo, o seu marido ganha outro. Quando chove, a casa se enche de água, há goteiras por todo lado e ela me diz, com triste ironia, que pode tomar banho sem chuveiro. Assim como P., várias outras colegas minhas eram casadas. Algumas assistiam às aulas com os bebês.

Naqueles anos, pude sentir, com mais clareza, a diferença entre uma escola privada e uma escola pública noturna. E não só em razão dos alunos. Naquela escola, as professoras pareciam sempre mais irritadas, sem paciência. Talvez também porque acumulassem aulas e estivessem cansadas. Na verdade, todas ganham muito pouco, e também nesse sentido são diferentes. Também elas, discriminadas.

E havia ainda um outro lado. Era o caso de R. Já marcada pelos sinais do tempo, jamais nos havia contado que tinha o curso de Direito. Nas arguições, sabia mais do que todos nós, e por isso era visada pela classe. Se revelasse o seu segredo, seria ainda pior. Apesar de incluída no sistema, R. era excluída pelas colegas. Discriminação dentro da discriminação.

Depois de tanto empenho, de tantas moedas contadas para o ônibus — às vezes trocadas pelos pés, para economizar a passagem — aqueles anos de estudo não davam qualquer garantia às minhas colegas. Para muitas, não significavam sequer o direito de usar a beca na formatura, pois só quem podia pagar recebia o diploma. Na minha turma de 31, fomos eu e outras 12. E o preço era só de R$ 45,00 por mês, parcelados em seis meses.

Por isso, foram poucas as que apareceram nas fotografias com as suas famílias, e também poucas as que ganharam palmas e abraços. Só a minoria, como eu, pôde participar da festa, *da chuva de prata*, seguida de comes e bebes em algum bar da cidade.

As outras ficaram de fora. Algumas certamente receberam os parabéns da família, mas talvez tenham se deitado cedo, sem tempo para sonhar com o futuro, a não ser o futuro do dia seguinte. Dia de acordar cedo, dia de ganhar um dinheiro extra vendendo balas, roupas, salgados, bijuterias e tantas outras coisas que tinham sido proibidas na sala — pois o comércio paralelo "atrapalhava as aulas e os ganhos da cantina".

Disseram-me certa vez que a vida não é fácil, não é cor de rosa. Vida fácil só a da *Barbie*, dentro da caixa. No caso das minhas colegas, tudo era ainda mais difícil — até mesmo a luta *para ter* direitos. As próprias deficiências do ensino, que as discriminavam tanto, impediam que conhecessem as discriminações que sofriam.

Digitalizado com CamScanner

DISCRIMINAÇÃO NA MÍDIA E NA POLÍTICA

Digitalizado com CamScanner

Discriminação e Exclusão na Mídia Impressa

VALDIR HEITOR BARZOTTO

Quando uma publicação periódica atinge uma tiragem significativa, ou um programa de rádio ou televisão consegue uma boa marca em pesquisas sobre sua aceitação, sem dúvida os textos que veiculam ancoram com suficiente equilíbrio sentidos próprios às representações que seus leitores fazem dos assuntos tratados e sentidos que visam direcionar estes leitores para a constituição de novas representações. Estas representações estão relacionadas geralmente à cultura, que as lapidou ao longo da história, ou ao poder contingencial de um período delimitado. Não importando quais prevaleçam, este conflito de representações contribui para constituir uma mentalidade, que pode ser estudada tomando-se objetos culturais produzidos e aceitos por um povo.

Em um sistema político que comporta a exclusão social, há uma representação sobre pessoas integrantes das camadas populares, absorvida e reforçada pela mídia, que favorece a discriminação. Com o propósito de chamar a atenção para isso, apresento neste trabalho análise de uma matéria sobre a seca no rio São Francisco, intitulada *"Estão dizendo que o rio vai morrer"*, publicada num objeto cultural específico, a revista *Realidade*[1], n. 72, de março de 1972, p. 80-83. Trata-se de estudar os procedimentos de textualização a fim de verificar um tipo de discriminação, muito comum em textos veiculados na mídia impressa, que se constitui pelo modo como as falas de pessoas que estão fora do mundo letrado são inseridas em seus textos.

Para refletir sobre a construção deste tipo de discriminação é necessário tecer considerações sobre a reputação de veículo engajado de que a revista *Realidade* gozava em sua época, reconhecida por antigos leitores e colaboradores. Portanto, começo verificando a orientação argumentativa dada à matéria escolhida por meio da observação de pistas presentes desde seu anúncio no sumário.

Com uma sequência de três frases — *"O rio vai morrer? O rio está ameaçado. Dizem até que vai secar."* — o sumário apresenta as duas locuções verbais que remetem

(1) Esta revista, publicada pela Editora Abril, entre o mês de abril de 1966 e o mês de janeiro de 1976, foi objeto de análise de minha tese de doutorado *Leitura de revistas periódicas:* forma, texto e discurso. Um estudo sobre a revista Realidade (1966-1976), defendida em fev. 1998 junto ao Instituto de Estudos da Linguagem da UNICAMP, sob orientação do Prof. Dr. João Wanderley Geraldi. Para uma análise mais completa da matéria em questão ver o capítulo III.

Digitalizado com CamScanner

ao tempo futuro modalizadas, enfraquecidas. Na primeira, a modalização é produzida pela interrogação, que adiciona uma dúvida em relação ao tempo futuro, colocando a frase no campo da previsão, ou seja, do incerto. Na segunda, consegue-se a modalização pela indeterminação do sujeito de "*dizem*", de maneira que não se encontra na frase a quem atribuir o que está sendo dito.

Além disso, a ação de um ser humano sobre o rio não pode ser detectada diretamente, pois o sujeito de "*vai morrer*", "*está ameaçado*" e "*vai secar*" é sempre "*o rio*".

Por sua vez, o uso da locução verbal "*está ameaçado*", integrante da única afirmação categórica sobre o rio presente no sumário, por evitar a ideia de fato consumado, contribui para instaurar uma polêmica sobre a possibilidade de o rio São Francisco vir a secar ou não em decorrência da seca. Esta locução concatena-se com a interrogação e o tempo futuro, que colocam a ação apenas no campo da especulação, das possibilidades de serem afirmados caso a "*ameaça*" da seca se consolide, se transforme em ato, fazendo com que a polêmica possa ser mantida. Isso continua quando a matéria tem início, na página 80, com um título que tem características de "fofoca": "*Estão dizendo que o rio vai morrer*". Com o sujeito indeterminado, como a terceira frase do sumário, o título inicia-se com um verbo no plural, seguido de outro no gerúndio, dissolvendo-se, no número e no tempo, a possibilidade de recuperação de um sujeito responsável pela enunciação.

Ainda assim, a reputação de veículo engajado pode ser depreendida da tomada de posição sobre um problema ecológico — um rio é considerado ameaçado e a matéria é feita em tom de denúncia — presente, por exemplo, no trecho publicado ao lado do título da matéria, acima de uma fotografia que ilustra a situação do rio:

> Primeiro o índio, com suas queimadas. Veio o branco, imitando o índio. Mais tarde os navios, queimando léguas de matas. Agora as siderúrgicas, queimando toneladas de carvão. E o rio, correndo em terras pobres, está ameaçado.

No entanto, nas duas primeiras frases quem pratica a ação de "queimar" são os grupos que não detêm os meios de produção: "*o índio*" e o "*branco*", esta última classificação recobre desde o bandeirante até o habitante "pobre" da região. É das ações de índios considerados um tanto antiecológicos e de brancos, cujo fazer cotidiano é da ordem da imitação, que surge, segundo a história contada pela revista, a ameaça do rio.

Em seguida, quando entrariam em ação grupos detentores dos meios de produção, os agentes passam a ser "*os navios*" e "*as siderúrgicas*". Quando se trata de empresas a acusação sai do campo das etnias e não faz referência a seres humanos passivos de responsabilização.

Finalmente, na última frase é "*o rio*" que desempenha o papel de sujeito com o verbo "ameaçar" na voz passiva, como no sumário. O texto não é do tipo "x com seus planos de colonização" e "y com suas empresas" ameaçam o rio.

Após o trecho em destaque ao lado do título, tem início a introdução da matéria que é composta de 14 parágrafos, dos quais 10 são introduzidos por travessão, sendo nove apresentados em sequência.

Organizo abaixo estes nove trechos em um quadro para melhor visualização, mantendo-os como foram publicados, apenas acrescentando uma numeração a fim de facilitar as remissões em comentários posteriores.

Opinião	Nome	Função
1 "— O desmatamento é uma das causas, pois a ausência de vegetação impede a absorção de água da chuva pelo solo e o seu aproveitamento pelas diversas nascentes —	Edson Postch de Magalhães,	presidente do Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais.
2 — A modificação ecológica na bacia é provocada pela devastação da fauna, do solo e da vegetação. Mas o rio nunca secará por causa dessa devastação, pois corre numa região onde a vegetação nunca foi abundante —	Apolônio Sales,	presidente da Companhia Hidro-Elétrica do São Francisco.
3 — O São Francisco é um rio condenado. Forçosamente virá a tornar-se um rio temporário. Desprovida de sua cobertura vegetal, a bacia perdeu a capacidade primitiva de reter as águas das chuvas e encaminhá-las às profundidades do solo para alimentar os seus afluentes nas estiagens —	professor Vasconcelos Sobrinho,	ecólogo, ex-diretor do Serviço Florestal do Ministério da Agricultura.
4 — O São Francisco passa por um período de seca acentuada, como qualquer rio do mundo. Não tem cabimento falar-se na hipótese de o rio secar —	João Camilo Pena,	presidente da Cemig — Centrais Elétricas de Minas Gerais.
5 — O problema mais sério é o desmatamento sistemático feito ao longo dos séculos nas cabeceiras dos principais afluentes —	José Cândido de Carvalho.	assessor do IBDF — Instituto Brasileiro de Defesa Florestal.
6 — Os estudos de hidrologia indicam não haver nenhum motivo para que se presuma vir o São Francisco a tornar-se um rio temporário —	Costa Cavalcanti,	ministro do Interior.
7 — O São Francisco está caminhando a passos largos para a intermitência. O desmatamento o transformará num leito seco, por onde escorrerão as águas violentas das chuvas torrenciais.	Dirceu Duarte Braga,	engenheiro-agrônomo, ex-presidente do Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais.
8 — No dia em que o São Francisco secar, o mundo acaba —	o povo	do rio, medindo angustiado a baixa de suas águas.
9 — Está secando o velho Chico. Está mirrando, está morrendo —	Carlos Drummond de Andrade,	poeta."

Nas 7 primeiras falas, pode-se verificar que as de número ímpar manifestam uma posição mais próxima de preocupações ecológicas, embasadas na ideia de que o

Digitalizado com CamScanner

desmatamento provoca períodos de estiagem que, por sua vez, vão levar o rio a secar. As de número par são representativas da posição de que a seca não vai fazer o rio São Francisco secar e estão mais ligadas ao projeto de modernização do país, integrante da política em vigor na época.

É a fala de número 8, que se inscreve na prática discursiva das crendices, atribuída a *"o povo do rio"*, sem nome, profissão ou instituição que o respalde, em contraste com as anteriores, pautadas na racionalidade própria ao conhecimento de prestígio e atribuídas a pessoas com nome completo, formação profissional e local de trabalho, o melhor indício para a reflexão sobre o modo como as falas de integrantes das camadas populares são inseridas nos textos veiculados pela mídia. A fala de número 9, inscrita na prática discursiva da ficção, não será comentada neste trabalho.

Contrastando com o papel dado a *"o povo"* na matéria, o *"professor Vasconcelos Sobrinho"* (n. 3 no quadro) recebe lugar de destaque, uma vez que, no parágrafo seguinte às falas citadas, ele é reintroduzido no texto mediante discurso indireto e, em seguida, mediante discurso direto, abrindo o décimo travessão da primeira parte da matéria.

O parágrafo final da primeira parte da matéria, que segue a citação de Sobrinho, não está introduzido por travessão, o que poderia produzir um efeito de que foi produzido pelo redator e não pelo citado, embora se possa atribuí-lo sem dificuldades a este último. O fato é que poderia haver um aviso do tipo "continua Sobrinho".

Vasconcelos Sobrinho tem um tratamento diferenciado também entre os citados na sequência dos sete primeiros trechos. Ele é o único que tem um título antes do nome, *"professor"*, e o único *"ecólogo"* do grupo. Os dois parágrafos que dão sequência aos nove trechos mostrados no quadro seguem a mesma direção argumentativa presente em sua fala. Ele é o único retomado no decorrer da primeira parte e, ainda, o último parágrafo pode confundir-se com sua fala. Isto pode justificar a reputação de veículo engajado da revista, embora nesta matéria haja um esforço de equiparação entre as duas posturas diferentes que se pode notar nas falas apresentadas. Tal esforço tem seu ponto culminante no último subtítulo do texto, p. 82, *"Reflorestar ou construir barragens? As duas coisas"*, já que as duas alternativas apresentadas na pergunta são oriundas das posições argumentativas antagônicas presentes na matéria e a afirmação é própria da revista.

Na segunda parte do texto, com o subtítulo, *"Chegou o progresso, lento e mais destruidor"*, p. 81, *"o povo"* retorna ao texto falado por terceiros. Cita-se *"o escritor Wilson Lins"*, que caracteriza *"o povo que se fixou na região do médio São Francisco"* como *"sociedade de pastores e guerreiros"*. O texto continua, sem aspas, com a caracterização *"Gente dura, pobre e valente, que continuava com seus bois e suas roças a destruição iniciada pelos colonizadores"*.

Aqui, contrastam, de um lado, uma pessoa individualizada, com função, nome e sobrenome, *"o escritor Wilson Lins"*; e, de outro, *"o povo"*, que é caracterizado por ele como *"pastores e guerreiros"*. A esta caracterização feita por um representante do mundo

letrado, *"o escritor"*, segue-se a caracterização de outro identificado a ele, o redator — *"gente dura, pobre e valente,..."* — que não é citação, mas que, a não ser pelo uso de aspas nas palavras atribuídas àquele, poderia mais uma vez fundir-se à palavra da autoridade citada.

Com a reintrodução d*"o povo"* sob a voz de Wilson Lins, é retomado o trecho publicado ao lado do título da matéria e na introdução, em que a destruição da floresta é atribuída ao índio e ao branco. No entanto, os índios, que naquele trecho também são responsabilizados pelas *"suas queimadas"* e, no segundo parágrafo após as 9 falas apresentadas no quadro acima, teriam iniciado *"Uma ameaça (...) timidamente"*, já não estão mais presentes.

Opta-se, nesse momento, por lembrar apenas *"a destruição iniciada pelos colonizadores"*, portanto, mostrando mais um traço de engajamento, ou seja, poupando justamente um grupo que no período de circulação da revista já era defendido por se tratar de minoria étnica. Embora possa parecer que há uma transferência de responsabilidade quanto ao início da destruição pelas queimadas para o branco, o índio apenas é retirado do texto sem ter sido reabilitado com relação ao papel que lhe foi atribuído na destruição da floresta.

Encontra-se na matéria um movimento que consiste em intercalar fala d*"o povo"* e trechos em que aparece *"o povo"* falado. Seguindo esta estratégia, outra fala atribuída ao povo, pertencente à mesma prática discursiva do fragmento n. 8, aparece na sequência do páragrafo em que *"o escritor"* é citado, quando se comenta a chegada da navegação, p. 81:

> A tradição oral guardou a história do primeiro gaiola que subiu o rio, o "Saldanha Marinho", com sua boca de fogo soltando fagulhas e apitando com a importância de um transatlântico. Nos barrancos, o povo corria e gritava:
>
> — Lá vem a besta-fera, vem chegando o anti-Cristo!

Para expor um fragmento de cultura atribuída a *"o povo"*, utiliza-se no texto a nomeação *"A tradição oral"*, que incide sobre a distância entre o povo e a "tradição escrita", própria das autoridades citadas no texto para opinar sobre os efeitos da seca sobre o rio. Inclusive no que diz respeito ao registro usado para transcrever os trechos citados pode-se perceber que aqueles que integram a sociedade letrada têm suas falas registradas segundo as regras da norma padrão escrita, enquanto os trechos que vêm d*"o povo"* são orais por excelência.

A argumentação segue à moda de relato histórico sobre o desmatamento, passando pelas *"famílias pobres"*, pela navegação e pela indústria siderúrgica.

Cinco parágrafos após o início desta segunda parte, aparece, com semelhança de subtítulo, mas com maior destaque, uma pergunta seguida de resposta: *"Qual a doença do rio? Quatro séculos de destruição"*, atribuindo novamente a destruição aos habitantes

Digitalizado com CamScanner

mais antigos. Em seguida *"o povo do rio"* é mais uma vez introduzido no texto por meio da fala de uma autoridade citada. Em um trecho de três parágrafos é apresentado *"Darcio Calais, engenheiro florestal, diretor do Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais"*, que também aponta o desmatamento como causa da seca. O Instituto a que pertence *"Calais"* é o mesmo a que pertencem *"Edson Postch de Magalhães"* e *"Dirceu Duarte Braga"*, respectivamente ns. 1 e 7 no quadro, partidários da hipótese de que o rio vai virar um rio intermitente. Embora grande parte do desmatamento seja atribuída à indústria siderúrgica, a maior responsabilidade é atribuída por *"Calais"* *"às famílias pobres"*.

> — Mais de 50% da responsabilidade pelo contínuo desmatamento em Minas Gerais pode ser creditado às famílias pobres. Temos mais de 1 milhão de residências rurais que usam a lenha como combustível.

Quando finalmente um habitante é apresentado com nome, sobrenome, idade e tempo de serviço, que permite depreender a profissão de garimpeiro, a fala d*"o povo"* aparece para testemunhar uma causa perdida, a sua própria. Como parte de um trecho com o subtítulo *"Um novo garimpo, um garimpo negro"*, na página 82, estão a descrição e a fala abaixo:

> Geraldo Elias da Costa, 53 anos de idade, trinta de garimpo, diz lá do fundo de um buraco de 4 metros de fundura:
>
> — Tá dando mais nada, não, moço. Qualquer dia largo tudo e vou pro carvão.

No encerramento da matéria, o lugar destinado ao povo contrasta com as descrições dos representantes da cidade letrada, que ganham mais espaços no texto e na decisão sobre as providências a serem tomadas com relação à seca do rio.

> Ignorante de todos esses problemas, Antônio Manoel da Cunha trabalha de sol a sol alimentando de lenha uma bateria de cinco fornos de carvão, com a lenha de mais de 1 hectare de cerrado. Diálogo à boca do forno:
>
> — E se acabar a lenha por aqui?
>
> — Vou pra João Pinheiro, pra outro canto qualquer.
>
> — E se acabar lá também?
>
> — Bem, aí eu vou pra esse tal de Amazonas. Diz que lá tem muita lenha.
>
> — E o São Francisco, Antônio? Andam dizendo que o rio S. Francisco vai secar.
>
> — Ah, esse não seca nunca, não. É obra de Deus.

Enquanto outros entrevistados aparecem no texto caracterizados por suas profissões e suas funções institucionais, o morador da região vem aqui classificado — *"ignorante de todos estes problemas"* — e encerra a matéria desmatando pelo Brasil afora. Ignorância e nocividade é o que lhes é atribuído.

A revista divide as pessoas em dois blocos, sendo que um deles é subdividido em outros dois a partir das posições que defendem. Estes dois últimos ocupam lugar de

poder, a diferença é que um deles é mais preocupado com a ecologia, enquanto o outro é mais ligado à ideologia da modernização do país. O exercício de construção da reputação de veículo engajado por parte da revista ocorre no interior desta subdivisão.

Os dois subgrupos que podem se alternar no poder interessam à revista inclusive enquanto leitores em potencial, e por isso suas posições devem, de alguma forma, ser contempladas nos textos que ela veicula. O morador da região, que não se constitui em alternativa ao poder e, como se pode depreender da matéria, é mais afeito à *"tradição oral"*, está afastado da cultura escrita, justificando que não se invista nele enquanto leitor em potencial.

Como era de se esperar, como em qualquer outra revista, na revista *Realidade* o *"povo do rio"* é excluído do grupo de leitores possíveis. O grupo de leitores, mesmo dividido em tendências políticas diferentes, não se diferencia no que concerne ao grau de importância dado às suas posições na matéria analisada. A diferença instauradora de uma hierarquia, que justifica a busca de informações nas páginas da revista por parte dos leitores cativos, está justamente na existência de um terceiro grupo, desinteressante para o consumo da revista. O reconhecimento desta diferença instaura no discurso uma amenização da estranheza e da indignação ante uma sociedade que se pauta por uma política de exclusão tal como a vemos hoje, dado que em nenhum momento o morador da região configura um terceiro bloco na discussão dos problemas da região. Ou seja, no procedimento de textualização verifica-se uma opção por trechos de falas deste segmento da população que satisfaçam e reforcem a representação feita sobre ele no mundo letrado, o mundo dos leitores da revista.

Note-se que, nesta matéria, em que *"o povo"* é responsabilizado pela maior parte da destruição da floresta, sua voz não é inserida como exercício de defesa, ou como contribuição a um debate, mas como ilustração de uma maneira de compreender a realidade que não condiz com aquela do grupo mais autorizado a opinar sobre o destino do rio e sobre o próprio habitante da região. Quando *"o povo do rio"* aparece por meio da fala de terceiros, atribuem-se a ele responsabilidades relacionadas à destruição da floresta desde *"quatro séculos"* atrás até o momento da realização da matéria. Quando é sua própria fala que o mostra, os trechos selecionados para inserção na matéria se prestam apenas para inscrevê-lo no campo do folclore, numa espécie de pensamento mítico. As palavras do índio nem sequer aparecem. Nem se levanta a hipótese de que a população local pudesse preservar as florestas ou tivesse um tipo de exploração menos predadora que a indústria. Também não se cogita no texto a possibilidade de esta população vir a explorar a floresta *"de acordo com certos cuidados"*, como se admite no texto para a *"exploração (...) economicamente importante"*.

A inserção das falas d*"o povo"* e sobre ele, do modo como foi feita na matéria analisada, pode implicar manter seus integrantes na mentalidade que lhes é contemporânea como incapazes de se apropriar do conhecimento de prestígio ou de contribuir para sua reformulação. *"O povo"*, colocado de fora da possibilidade de compartilhar da racionalidade deste conhecimento, bem como das regras que organizam o meio em que é produzido, tem sua discriminação e sua exclusão decretadas e justificadas.

Digitalizado com CamScanner

Rito Sumário: Política, Poder e Discriminação — Cassação de Deputados Operários em Minas Gerais

LUCILIA DE ALMEIDA NEVES DELGADO

Mas ainda é tempo de viver e contar.
Certas histórias não se perderam.

(Carlos Drummond de Andrade)

Introdução

Brasil anos sessenta: um turbilhão de imagens e acontecimentos atravessa a trajetória do tempo em busca de registro e interpretação. Trata-se de um desafio sempre presente a solicitar aos historiadores e cientistas políticos que tragam o melhor de sua contribuição para um melhor entendimento de uma conjuntura complexa e ainda bastante carente de análises sobre seu significado.

A década de sessenta, especialmente na sua primeira metade, caracterizou-se pela marca da efervescência e por constantes manifestações e mobilizações populares. Mas foi também um período em que o autoritarismo se fez presente, especialmente a partir de meados de 1964, trazendo consigo o fim da liberdade política, a restrição aos direitos civis e o desrespeito aos direitos humanos. Na verdade, trata-se de uma conjuntura que, por seu impacto na história brasileira, merece ser melhor e mais detalhadamente analisada, considerando os diferentes sujeitos históricos que nela atuaram.

A década de sessenta pode ser dividida em duas fases. A primeira antecedeu à implantação do regime militar autoritário e corresponde aos quatro primeiros anos. Foram anos nos quais a sociedade civil organizada se fez presente no cotidiano da política. Anos marcados por efetiva polarização política e por contínuas manifestações públicas de segmentos e organizações sociais que defendiam projetos diferentes para o futuro do Brasil.

A segunda fase teve sua marca inicial em 1964 e corresponde à conjuntura que sucedeu ao golpe de Estado. Caracterizada por um autoritarismo forte e continuamente

aprofundado, do ponto de vista da participação política foi, especialmente após 1968, opaca e quase silenciosa, pois a vozes de oposição de expressivos segmentos da sociedade civil foram aos poucos amordaçadas.

No seu conjunto, os anos sessenta podem ser identificados como um período complexo, caracterizado pelo cultivar de utopias reformistas e revolucionárias, mas também marcado pela frustração de projetos que animaram inúmeros segmentos da sociedade brasileira a lutarem por transformações na estrutura produtiva do país, e pela adoção de políticas públicas que priorizassem projetos sociais inclusivos.

Primeiros anos:

A alvorada da década de sessenta encontrou a sociedade civil brasileira extremamente dividida e mobilizada. Respirava-se política por todos os poros. O apelo popular do governo João Goulart, que iniciara em meados de 1961, era muito forte, mas as forças que se opunham ao projeto social/trabalhista que ele representava, já havia alguns anos, vinham se articulando. Na verdade, o que estava em jogo eram dois projetos macroeconômicos substancialmente opostos para o Brasil. A cada um deles aderiram segmentos diferentes da sociedade brasileira, que fizeram do início dos anos sessenta um tempo de conflitos políticos e sociais marcantes.

De um lado, em uma frente ampla e heterogênea, reuniam-se os movimentos populares, os sindicatos, os estudantes representados pela UNE, as ligas camponesas, os militares nacionalistas, as frentes parlamentares reformistas e também nacionalistas, os cristãos — clero e leigos da Igreja Católica progressista, os comunistas e os trabalhistas. Suas proposições, de forma geral, coincidiam quanto à ideia de se proceder a uma ampla reforma econômica e social no Brasil. Uma reforma de cunho nacionalista popular que objetivaria, sobretudo, alcançar um desenvolvimento econômico autossustentável, distributivista e direcionado à superação das condições de subdesenvolvimento do país.

Em outra posição, diametralmente oposta, situavam-se setores da sociedade brasileira que apostavam em um programa de desenvolvimento econômico arrojado, sem características distributivistas, internacionalizado, menos voltado para a produção de artigos destinados ao consumo popular e mais direcionado por um lado à implantação de indústrias de ponta, e por outro à preservação da estrutura agrária do país. Eram segmentos que apostavam no que se pode definir como modernização conservadora, ou seja, projetava-se um programa desenvolvimentista, sem, contudo, se proceder a qualquer tipo de reforma social mais aprofundada.

Nele agregavam-se militares vinculados à Escola Superior de Guerra, proprietários rurais, setores do empresariado nacional, parlamentares ligados principalmente à UDN e ao PR, investidores internacionais, segmentos expressivos da classe média e setores conservadores da Igreja Católica. Esses segmentos sociais se sentiam ameaçados pela amplitude e efervescência dos movimentos populares organizados, consideravam que os mesmos apresentavam vínculos estreitos com o movimento socialista internacional

Digitalizado com CamScanner

e temiam que o projeto reformista por eles defendido se transmudasse em uma revolução de objetivo socializante, à exemplo do que acontecera em Cuba. O tempo também era de guerra fria e a polarização política brasileira inseria-se no contexto maior de polarização de um mundo dividido em duas áreas de influência bastante delimitadas e contrapostas.

Quando em 1964 o projeto popular reformista foi derrotado os ventos do projeto econômico desenvolvimentista internacionalizante passaram a reinar quase que exclusivos, o regime autoritário também triunfou, e aos poucos se aprofundou, trazendo consigo a marca do desrespeito aos direitos civis, políticos e sociais. Mas, para os líderes operários de Minas Gerais, os abusos discricionários peculiares a qualquer prática autoritária haviam começado dois dias antes do desencadeamento público do movimento político militar que procedeu ao rompimento da ordem constitucional. No dia 30 de março, a polícia militar, em caráter preventivo, prendeu os sindicalistas e deputados estaduais Clodsmidt Riani, que também era presidente do Comando Geral dos Trabalhadores do Brasil, e Sinval Bambirra, presidente da Federação dos Trabalhadores na Indústria Têxtil de Minas Gerais. Nesta data começou para os então deputados operários uma longa noite, tornada mais densa após a cassação de seus mandatos parlamentares, no dia oito de abril, por seus colegas da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Uma longa noite que só se encerraria trinta e quatro anos depois, em 1998.

Trinta e Quatro anos de espera. Um extenso período no qual as atas secretas referentes ao processo sumário de cassação dos deputados e sindicalistas Riani, Bambirra e José Gomes Pimenta — Dazinho ficaram guardadas a sete chaves pela própria Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

O presente texto, que busca na História elementos constitutivos da memória social, tem como objetivo analisar a trajetória sindical e política desses líderes operários, considerando os entrecruzamentos entre elas. Baseado quase que exclusivamente em fontes primárias — *processo de cassação e depoimentos de história de vida* —, objetiva contribuir para divulgar informações de natureza histórica sobre processo de discriminação social e política por que passaram no início dos anos sessenta ao serem cassados pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

O tempo e as trajetórias dos deputados operários: do mundo do trabalho ao mundo da política

Para Norbert Elias, o tempo é um símbolo social e sua conceituação exige um nível elevado de síntese.(1) A dimensão de tempo, por sua vez, compreende a internalização das experiências de vida por indivíduos e o registro social e cronológico dos processos de transformação e conservação pela História. Para Clodsmidt Riani, os trinta quatro anos, interpostos entre sua prisão no final de março de 1964, sua cassação no início de abril daquele mesmo ano, foram considerados como "uma longa noite":

(1) ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

a longa noite das atas secretas. Um tempo histórico no qual muitas transformações ocorreram no Brasil. Um período, a princípio, de silenciamento da sociedade civil, sucedido por suave distensão e, em seguida, por uma efetiva abertura política, coroada em 1985 pela eleição de um presidente civil e em 1988 pela promulgação de uma nova Constituição para o país.

Na conjuntura dos anos oitenta e nos anos que imediatamente a sucederam, inúmeros documentos relativos ao período autoritário foram aos poucos sendo trazidos a público. Mas o Poder Legislativo de Minas Gerais conseguiu reter por mais dez consecutivos a divulgação das atas relativas ao rito sumário de perda de mandato dos operários sindicalistas, que chegaram àquela casa nas eleições proporcionais de 1962.

Como explicar que em um período democrático tal documentação tenha ficado retida por tantos anos? Como explicar que, mesmo tendo sido reeleito deputado estadual em 1982 e tendo exercido seu mandato de 1983 a 1986, Clodsmidt Riani não tenha conseguido acesso à referida documentação? Como explicar que, apesar de ter utilizado de recursos legais, Bambirra só tenha tido acesso a uma parte da documentação do processo, excluídas as atas secretas? Com certeza, tal explicação vincula-se a diferentes fatores. Talvez valha a pena especular sobre eles, mas com certeza a história do acontecido, traduzida neste texto pelos termos do processo de cassação e pelas vozes dos depoimentos de história oral, possa revelar por si mesma as razões de tão prolongado silêncio.

As trajetórias sindical e política dos trabalhadores Clodsmidt Riani, José Gomes Pimenta — Dazinho e Sinval Bambirra cruzaram -se na década de sessenta:

Riani, originário da pequena cidade de Rio Casca, na região da Zona da Mata de Minas Gerais, tornou-se operário eletricista na cidade de Juiz de Fora para onde se mudou ainda na juventude. Juiz de Fora era uma cidade que nas décadas de quarenta, cinquenta e sessenta possuía uma classe operária numericamente expressiva, pois sediava inúmeras indústrias no ramo de alimentação e, principalmente, no ramo da tecelagem. A tradição operária dessa cidade era também muito combativa e maior parte de seus trabalhadores possuía forte vinculação com o trabalhismo e com o PTB.(2)

Influenciado pelo clima político de uma cidade "que por um lado associava o colorido da vida interiorana a um incessante movimento, político, sindical e trabalhista",(3) Clodsmidt Riani filiou-se ainda muito jovem ao Partido Trabalhista Brasileiro. Considerava-se petebista, getulista e janguista "por convicção" e "anticomunista, por não acreditar nos valores do materialismo". Sua trajetória sindical foi muito rápida e alcançou projeção nacional e internacional. De presidente do Sindicato de Carris Urbanos de Juiz de Fora, chegou à presidência da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) e à presidência do Comando Geral dos Trabalhadores no Brasil. Participou de várias Conferências da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e de outros

(2) Sobre a forte presença do PTB em Juiz de Fora vide: LOYOLA, Maria Andréa. *Os sindicatos e o PTB*: um estudo de caso em Minas Gerais. Petrópolis: Vozes/CEBRAP, 1980.

(3) NEVES, Lucilia de Almeida. *PTB*: do getulismo ao reformismo (1945-1964). Petrópolis: Vozes, 1989. p. 15.

Digitalizado com CamScanner

congressos internacionais de trabalhadores. Eleito deputado estadual em 1962 pelo PTB, fez de seu mandato à Assembleia Legislativa um dos instrumentos de defesa das reformas de base, pelas quais a maioria do movimento sindical brasileiro lutava no início dos anos sessenta.

José Gomes Pimenta também nasceu no interior de Minas Gerais, em Nossa Senhora do Patrocínio de Guanhães, pequena localidade de economia basicamente rural. Foi jornaleiro em Belo Horizonte, estivador no porto de Santos, de volta a Minas Gerais trabalhou em posto de gasolina e finalmente fixou-se, de forma definitiva, em Nova Lima, onde se empregou como operário da mineração de ouro da Saint John Del Rey Mining Company. Em 1946 iniciou sua militância no Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Exploração de Ouro e Metais Preciosos de Nova Lima, do qual se elegeu Secretário em 1953 e Presidente em 1961. De profundas convicções cristãs, era filiado à Ação Católica — Juventude Operária Católica (JOC) e sentia sincero incômodo quando era chamado de comunista.

> No início eu me sentia muito agredido quando me chamavam de comunista. Eu não tinha nenhuma formação ideológica a ponto de ter discernimento do que era ser chamado de comunista e de ser verdadeiramente comunista. Posteriormente eu passei a me importar pouco com o que eles me chamavam, porque não era comunista, mas também não era anticomunista... Os comunistas defendiam o evangelho muito melhor do que os cristãos.(4)

Era também, segundo sua própria avaliação, antigetulista e antipetebista: "Nunca fui getulista, o que era uma raridade para os trabalhadores. Podiam não ser petebistas, mas getulistas eram. Eu não fui nenhum dos dois, graças a Deus".(5)

Sinval Bambirra nasceu em Ponte Nova – MG e desde muito pequeno trabalhou na roça — "acompanhando meu pai que era lavrador". Na adolescência transferiu-se para Belo Horizonte, onde trabalhou como entregador do Mercado Central e onde fez seu curso médio profissionalizante. Em seguida empregou-se como operário tecelão, profissão que exerceu até ser preso em 1964. Foi Presidente do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Fiação e Tecelagem de Belo Horizonte e da Federação dos Sindicatos da mesma categoria de Minas Gerais. Bambirra, em razão da forte influência paterna, tornou-se comunista:

> Desde criança eu segui as pegadas de meu pai... extraordinário homem... me transmitiu o espírito de combatividade, não aceitava de forma alguma a opressão... Meu pai era um homem de formação comunista. Formação marxista, uma formação muito sólida que valorizava a solidariedade... eu estava sempre com ele, e fui assimilando, assimilando aquela preocupação dele de como mudar aquele estado de coisas, não é?

(4) LE VEN, Michel. *Dazinho — um cristão nas Minas*. Belo Horizonte: CDI, 1998. p. 108.
(5) *Ibidem*, p. 115.

Contudo, como o PCB era ilegal, filiou-se ao PTB, legenda pela qual se elegeu deputado estadual em 1962.(6) Defensor convicto das reformas de base e de um projeto econômico desenvolvimentista/nacionalista para o Brasil, fez coro com Riani e Dazinho quando do exercício de seu mandato à Assembleia Legislativa.

As trajetórias e os destinos desses líderes sindicais que tinham convicções ideológicas de origem diversa cruzaram-se, de forma definitiva, a partir do final dos anos cinquenta. Primeiro, no terreno do próprio movimento sindical, pois, naquela conjuntura, trabalhistas, comunistas e católicos progressistas integraram-se à uma mesma frente de luta. Logo em seguida, na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, onde ao longo da história daquela casa foram os primeiros operários a tomar assento. Filhos de uma época na qual a economia brasileira passava por um profundo processo de urbanização, migraram do interior para cidade de médio porte (Juiz de Fora que era polo industrial da Zona da Mata mineira) ou para própria capital, onde, segundo interpretação de Bambirra, era mais fácil estudar e arranjar emprego.(7)

Todavia, os empregos aos quais Riani, Bambirra e Dazinho tiveram acesso localizavam-se no que se pode denominar setor tradicional da indústria (indústria têxtil), setor de extração (mineração) e setor de serviços (energia elétrica). Nenhum deles se vinculou às novas indústrias de ponta ou de bens de consumo duráveis que surgiram na década de cinquenta. Em decorrência, sua trajetória sindical foi inevitavelmente marcada por uma prática de base trabalhista/getulista — que era comum aos operários das empresas vinculadas a esses setores —, prática na qual o Estado era identificado como interlocutor privilegiado dos trabalhadores.

Mas independentemente de suas crenças religiosas e de suas convicções ideológicas serem diferentes, comungavam a concepção e o entendimento de serem as questões macroeconômicas e macrossociais as principais bandeiras de luta pelas quais o movimento sindical deveria se empenhar. Dessa forma, para eles, a interlocução de organizações sindicais com o poder central era inevitável, pois as principais reformas no campo da economia e da vida em sociedade deveriam passar pelo crivo tanto do Poder Executivo como do Poder Legislativo federais. Mas, se às vésperas de 1964 o diálogo dos sindicalistas com o Executivo federal fluía com bastante facilidade — o vínculo partidário do Presidente da República situava-se no espectro da frente de organizações das sociedades civil e política que lutavam por reformas estruturais —, o mesmo não acontecia em relação aos governos estaduais dos principais estados da federação, que realizavam contundente oposição ao governo trabalhista de João Goulart e, em decorrência, não se mostravam disponíveis à realização de quaisquer entendimentos com sindicalistas de tendência nacionalista reformista.

(6) Os dados biográficos de Riani, Bambirra e Pimenta foram buscados em seus depoimentos de história de vida prestados ao Programa de História Oral da UFMG e também em: MONTEIRO, Norma de Góis (Coord.). *Dicionário biográfico de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais — UFMG, 1994.
(7) BAMBIRRA, Sinval. Depoimento cit.

Digitalizado com CamScanner

Em Minas Gerais, o Poder Executivo estava nas mãos da UDN, partido que era um dos carros-chefes das diferentes organizações que faziam oposição ao governo federal. A Assembleia Legislativa do referido estado, por sua vez, era composta por uma maioria de parlamentares vinculados ao governador Magalhães Pinto. Tais parlamentares, portanto, também se situavam no campo de oposição ao governo central e repudiavam o hábito de interlocução do presidente Goulart com ao trabalhadores. Definiam tal prática como atitude peculiar ao populismo demagógico.

Em 1962, às eleições para o Poder Legislativo mineiro se apresentaram três candidaturas bastante diferentes do perfil dos candidatos, que tradicionalmente se apresentavam para concorrer a uma das vagas da Assembleia Legislativa. Tratava-se dos sindicalistas Riani, Bambirra e Dazinho, que, impulsionados pela projeção que haviam alcançado em sua militância sindical, objetivavam ampliar seu espaço de atuação do mundo do trabalho para o universo da política institucional.

Bambirra assim definiu as razões de sua candidatura:

> A minha candidatura foi praticamente uma imposição. Uma imposição porque nasceu lá nas fábricas mesmo. Eu me lembro de que fizeram listas e encaminharam ao PSD, ao PTB, pedindo que eu fosse incluído, e com apoio dos outros sindicatos, federações... Minha votação foi expressiva. Eu fui um dos mais votados do Estado. Eu não me lembro de quantos votos, mas eu fui considerado um dos bons de voto... Eu pretendia colocar meu mandato a serviço da classe trabalhadora, e assim foi feito. Era da porta da fábrica para a Assembleia e da Assembleia para a porta da fábrica.

Já Riani, ao se referir ao mesmo processo, ressalta sua compreensão de que, àquela época, sua eleição como deputado estadual fazia parte de um processo mais amplo, representado pela possibilidade inédita de participação da classe operária no governo, nos poderes instituídos do país:

> Eles fizeram a revolução numa hora que nós estávamos, de fato, a classe operária, já participando de certos cargos no governo. Cargos conquistados... Cargos conquistados por eleição (refere-se aos mandatos de deputados) e cargos conquistados por pressão do movimento sindical (refere-se à participação de sindicalistas na direção dos Institutos de Previdência Social).

Finalmente Dazinho, que se elegeu deputado estadual pela legenda do Partido Democrata Cristão, lembra que até 1960 tinha compreensão de que trabalhador não devia participar da vida política. Tal postura decorre, com certeza, da internalização, por sua parte, de um discurso muito difundido pelas elites políticas, inclusive pelo próprio Getúlio Vargas de que a política partidária não se constituía como espaço ideal para participação de trabalhadores.

> Achava que trabalhador não tinha que se meter em política partidária até 1960 mais ou menos... Eu achava que trabalhador não tinha que mexer com política não! Tinha era que mexer com os trem do sindicato mesmo.

> Eu perdi um tempo, um tempo muito grande que eu podia ter aprendido muita coisa, podia ter participado. Hoje eu faço autocrítica, foi uma posição errônea. Não era só minha, era da maioria dos trabalhadores... E depois que enfiei na política partidária é que acabei descobrindo que eles queriam exatamente isso, que nós continuássemos afastados...

E ainda:

> Mas eu entrei na campanha para deputado estadual e comecei a desenvolver a campanha naturalmente em Nova Lima, que é onde eu estava saindo da presidência do sindicato em 1962... A minha eleição quem garantiu foram os estudantes, do estado inteiro... eu tive muito pouco voto de operários, a não ser em Belo Horizonte... É porque operário não vota em operário. Eles acham que operário não tem capacidade, não tem condições de administrar o mandato...[8]

A memória dos três ex-deputados em relação à sua eleição tem em comum um registro claro de que sua origem operária era uma excrescência em relação à tradição da política nacional e principalmente mineira, estruturalmente marcadas por um atávico conservadorismo. Representava também um marco de renovação. Renovação integrante às características de uma conjuntura na qual a sociedade civil ganhava força política e redimensionava sua participação no terreno da política.

E os desdobramentos da estreia dos operários sindicalistas no universo da política institucional não tardaram a se manifestar. Suas lembranças quanto ao período de seu mandato parlamentar são permeadas por um forte sentimento de exclusão e discriminação.

Assim Dazinho refere-se ao seu mandato:

> Quando estava feita a campanha, eu pensava, eu acreditava que a gente pudesse fazer alguma coisa. Mas depois que eu cheguei lá dentro eu fiquei completamente decepcionado e constrangido... Todos demonstravam que você era um zero à esquerda. Lembro de alguns nomes: Hélio Garcia, Carlos Eloi, Aureliano Chaves, Artur Pereira, Bonifácio Andrada, esse que está até hoje aí. Conseguiram nos marginalizar porque o que um deles pensava contra nós, os outros todos pensavam. Então éramos massacrados lá dentro... Nós éramos peixes fora d'água.[9]

Mas as palavras mais contundentes quanto a essa questão brotaram da memória de Bambirra sobre o período:

> O mandato como deputado foi fácil e foi difícil ao mesmo tempo. Você lidar com aqueles cobras todos. São grandes juristas, grandes empresários,

(8) LE VEN, Michel. *Op cit.*, p. 107, 112-113.

(9) *Ibidem*, p. 113-114.

Digitalizado com CamScanner

professores, homens de outro mundo. Nós representávamos um mundo, e eles outro mundo, de tal sorte que a nossa presença incomodava realmente. Não só a presença, mas a mensagem que a gente levava. Aí é que provocava um certo escândalo. A nossa palavra. A nossa palavra muito viva ali, representando os interesses dos trabalhadores, do povo e da cidade.

E ainda:

> A repercussão de nossa atuação redundou na cassação do mandato... Nós, eu, Riani e o Dazinho, no meio de oitenta, de mais de oitenta e um deputados. Nós éramos oitenta e quatro. Naquela oportunidade nós representávamos um escândalo. Três operários, meu Deus! O Dazinho a três mil metros no fundo da Mina de Morro Velho, o Riani é o homem do poste, eletricista, e eu lá do interior, do tear duma fábrica de tecidos. Foi um escândalo realmente. E nós cumpríamos um mandato muito bonito mesmo. Foi a primeira cassação do país, no dia oito de abril.

De fato, o incômodo provocado pela presença dos três líderes operários no Legislativo mineiro era muito forte. Alguns dos parlamentares que participaram do movimento pela cassação dos três deputados, quando da divulgação das atas secretas em 1998, de forma um pouco velada e sutil, assim se expressaram sobre os acontecimentos do período. Suas palavras foram bem pensadas. Todavia, não deixam de traduzir o sentimento de mal-estar ante o que representava a eleição e atuação dos deputados Riani, Bambirra e Dazinho. Traduzem também o clima de profunda polarização política e ideológica que marcou aquela conjuntura.

> Tenho uma posição muito definida. Os três eram meus adversários na Assembleia. Todo dia discutíamos em plenário porque não concordava com os métodos deles de fazer política.... Dazinho, Riani e Bambirra exploravam os trabalhadores e nunca faziam nada por eles. (Reny Rabelo)

> Ideologicamente eu sou o mesmo. Aquele período era vivido como uma questão de vida ou morte e, portanto, cada um tinha que tomar um rumo. Eu não fui obrigado a nada. (Athos Vieira — primeiro autor do requerimento solicitando a cassação dos deputados)

> As circunstâncias da época não admitiam outra alternativa. Era crer ou morrer e a Assembleia tomou o caminho menos oneroso. (Murilo Badaró)

> Pensava que o grupo ligado aos cassados acabaria com a soberania nacional e implantaria o regime comunista no país. (Bonifácio Andrada)

Mas, de acordo com o jornal *O Tempo*, afirmou também que não votaria a favor da cassação em 1964 se "tivesse dados na consciência" que naquela época disse não ter tido a oportunidade de contar com eles.

Uma "câmara ardente" é como Paulino Cícero descreveu o clima da Assembleia Legislativa na época da cassação. "É muito difícil pintar com cores bem nítidas a atmosfera

de terror que se vivia naquele tempo cujo alvo principal era a Assembleia. Quiseram fazer de Minas uma espécie de laboratório para intimidar o Brasil."(10)

No conjunto, apesar de traduziram convicções, sentimentos e memória de personagens muito diferentes, as palavras dos deputados operários e dos parlamentares que cassaram seus mandatos referem-se, cada uma expressando pontos de vista social e político opostos, a um mesmo clima político. Clima marcado por divergências profundas decorrentes em grande parte da perspectiva real de se tornar realidade um potencial renovador na forma de participação política, que ameaçava romper com fórmulas já consagradas, que reservavam o campo da política institucional para segmentos restritos da sociedade brasileira.

Tempo de exclusão: rito secreto — rito sumário

No dia 15 de abril de 1998, vinte e sete dos quarenta e nove deputados presentes no plenário da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais aprovaram o parecer especial para abertura dos documentos de todas as reuniões secretas ocorridas naquela casa legislativa ao longo do mês de abril de 1964. No conjunto dessa documentação estavam também as atas das reuniões que decidiram pela cassação de Riani, Bambirra e Pimenta. Além disso, foram também encontradas pastas nas quais se encontram os demais documentos do processo, dentre os quais se destacam: requerimento dos Deputado Athos Vieira, Valdir Melgaço e outros, solicitando a cassação dos três deputados; convocação da reunião secreta; depoimento das testemunhas de acusação; cópias de fichas do Departamento de Vigilância Estadual; peças das defesas dos deputados — escritas por eles na prisão, sem assessoria de advogados e sem possibilidade de consulta a quaisquer documentos; parecer da Comissão de Justiça da Casa sobre a representação apresentada propondo a cassação; declarações de votos em separado de alguns deputados, inclusive do Deputado Demerval Pimenta, que aderiu à iniciativa, em nome da bancada do Partido Trabalhista Brasileiro.

O cronograma do processo de cassação foi assustadoramente rápido. Num prazo de menos de dois dias em torno de sessenta deputados subscreveram o requerimento que propunha a cassação dos deputados. Não se passaram mais cinco dias e Clodsmidt Riani, Sinval Bambirra e José Gomes Pimenta haviam perdido seus mandatos. Por unanimidade dos deputados presentes à reunião de oito de abril, foi aprovada resolução que os impediu, a partir de então, de exercerem qualquer função legislativa na casa parlamentar de Minas Gerais. Em decorrência, também perderam a imunidade parlamentar.

Cronologia:

30.3.1964 — a polícia militar prendeu os líderes sindicais Bambirra e Riani — Dazinho estava trabalhando no interior da Mina de Morro Velho.

(10) As declarações supracitadas foram publicadas pelo jornal diário de Belo Horizonte, *O Tempo*, em 19 de abril de 1998, Caderno Especial, p. 7, na semana de divulgação das atas secretas.

Digitalizado com CamScanner

31.3.1964 — Dazinho também é preso após discursar na Assembleia Legislativa, denunciando a prisão de seus companheiros.

1º.4.1964 — A intervenção militar seguida da deposição do Presidente João Goulart torna-se vitoriosa.

3.4.1964 — O Deputado Athos Vieira (PR) e outros protocolam requerimento pedindo a cassação dos três deputados, acusando-os de subversão, filiação ao PCB e falta de coro parlamentar.

6.4.1964 — O requerimento é protocolado na Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia. É instalada uma Comissão de Inquérito.

7.4.1964 — Os três deputados, que continuavam presos, são notificados e recebem prazo de vinte quatro horas para apresentarem sua defesa. A CCJ, em reunião extraordinária e secreta, emite parecer favorável à cassação dos mandatos dos três deputados.

8.4.1964 — A defesa improvisada dos deputados chega à Assembleia. Ao processo são acrescentados depoimentos de testemunhas de acusação (militares, delegados da vigilância social, dentre outros), além de certidões do Departamento de Vigilância Social. É convocada uma reunião extraordinária para deliberar sobre o assunto. A cassação é aprovada pela unanimidade dos presentes. Em seguida alguns deputados apresentaram seus votos em separado, o que contabilizou a unanimidade total dos votos dos parlamentares mineiros pela cassação de seus colegas.

9.4.1964 — É publicada no Diário Oficial a Resolução n. 580/64, que determinou a cassação dos três deputados processados e a convocação de seus respectivos suplentes.

Como demonstrado pela cronologia supracitada, foi espantosa a dinâmica dos procedimentos. Do pedido de cassação, à instalação da Comissão de Inquérito e à cassação definitiva dos mandatos não decorreram cinco dias completos. Espanta também o fato de não ter sido ouvido um depoimento sequer favorável aos deputados.

Os argumentos da representação que solicitava a cassação dos mandatos foram diretos e claros, ressaltando questões relativas "à ameaça do comunismo" e à necessidade de a "democracia pôr em prática o seu dispositivo de defesa".

> "Considerando que os deputados Sinval Bambirra, José Gomes Pimenta e Clodsmidt Riani são reconhecidamente comunistas, conforme comprovam, além de outros documentos, os pronunciamentos que fizeram nessa Assembleia, de acordo com registros nos seus Anais, pronunciamentos esses atentatórios ao decoro parlamentar e com ele incompatíveis.
>
> Considerando que é nosso dever defender e preservar regime democrático, esperamos que, obedecidos os trâmites legais, sejam cassados os mandatos dos senhores deputados... (3.4.1964)[11]

(11) Trechos da cópia autêntica da representação para cassação dos mandatos dos Senhores Deputados Sinval Bambirra, José Gomes Pimenta e Clodsmidt Riani.

Os termos do Parecer da Comissão de Constituição, Legislação e Justiça reforçaram os argumentos do requerimento. Dessa forma, o parecer destacou o seguinte:

> A ligação dos mencionados deputados com o Partido Comunista Brasileiro, posto fora da lei pelo Supremo Tribunal Federal, está provada nestas certidões do Departamento de Vigilância Social. Essas atividades atentatórias à ordem jurídico-constitucional e ao regime democrático tornam os procedimentos dos referidos deputados incompatíveis com o decoro parlamentar.[12]

O documento que determinou a tramitação do processo e, portanto, o rito sumário e secreto é uma peça incompatível com qualquer procedimento justo e regular. Além disso, por se referirem a uma questão extremamente complexa, suas definições quanto à regulamentação dos passos da tramitação do processo são absolutamente inadequadas. Do documento constam as seguintes definições, dentre outras: *que os acusados terão prazo de vinte quatro horas para se defenderem; que na Comissão de Constituição, Legislação e Justiça se observem as seguintes normas dentre outras: prazo improrrogável de três dias para os relatores apresentarem seu pareceres; aos pareceres não se concederá vista; a votação dos pareceres terá apenas um encaminhamento, pelo prazo de cinco minutos; a reunião será secreta* (inclusive sem a presença de taquígrafos — a ata muito sumária está redigida à mão).

Quanto à defesa apresentada pelos deputados cabe destacar que seus termos diferem muito de um para outro. Sinval Bambirra, o mais contundente dos três, aproveitou o texto para denunciar as irregularidades do processo, afirmar sua condição de deputado legalmente eleito por um partido oficial — o PTB, reafirmar a legitimidade de seu mandato e sua condição de deputado comprometido com os trabalhadores. Dentre os trechos de seu arrazoado destacam-se:

> Como deputado que pude atuar até agora — um ano e pouco — estranho positivamente tal processo, sua rapidez e seu conteúdo profundamente cheio de injustiça e maldade — comigo e com a classe que para lá me mandou. Conheço projetos que estão empoeirados, mofando há tempos e que não andam...
>
> Não tenho pretensão de, nestas rápidas linhas, sem ter condições de consultar livros, avistar-me com um advogado (a comissão de deputados que esteve aqui ontem proibiu que eu avistasse um advogado.) Está certo isso? Onde está a justiça desse ato? Mesmo porque não sou homem de cultura. A vida deu-me alguma experiência — só. Estou privado de ter advogado que a lei assegura. Seja o que Deus quiser.
>
> O mandato popular é coisa séria e não pode ser encarado com a simplicidade que se verifica. Meu mandato é tão legítimo como o de qualquer outro colega...

(12) Trecho da cópia autêntica do Parecer da CCJ sobre a representação relativa à cassação dos deputados. Faziam parte da CCJ: João Navarro, Jorge Vargas, Artur Fagundes, Manoel Costa, Jairo Magalhães, Hélio Garcia e Geraldo Quintão.

Digitalizado com CamScanner

> Sou filiado ao Partido Trabalhista Brasileiro desde fins de 1953, ou princípio de 1954. Pertenço há muito tempo ao diretório do PTB da capital. E na última convenção fui eleito para o Diretório Estadual...[13]

Riani também registrou a impossibilidade de se defender de forma adequada, por se encontrar preso. Negou de maneira contundente qualquer ligação com o Partido Comunista, afirmou nunca ter ferido o decoro parlamentar e defendeu o direito de os trabalhadores se organizarem e fazerem greves.

> Embora em pleno gozo de minhas prerrogativas constitucionais, como deputado e como cidadão, estou impossibilitado de fazer qualquer defesa, porque me encontro preso, não podendo locomover-me em providências de coleta de provas, que pudessem fornecer subsídios a essa douta Comissão para exame dos fatos.
>
> Não posso, igualmente, aceitar a alegação de que sou "reconhecidamente comunista", pois jamais me reconheci nesta qualidade... Nunca fui comunista e penso que nunca serei... Não sou simpatizante do credo vermelho. Sou, isto sim, democrata e cristão e estou em paz com minha consciência. Cassem o meu mandato, mas não cometam injustiça. Não queiram me forçar a ser o que não sou...
>
> Todos sabem que nunca fui, não sou comunista e nunca agi em movimentos comunistas. Sempre pertenci ao Partido Trabalhista Brasileiro, agindo dentro das diretrizes deste partido...
>
> Greve é direito constitucional. O seu exercício, em defesa dos interesses privativos dos trabalhadores, ou das próprias instituições que o asseguram, é um dever sempre que faltaram os meios suasórios. O voto livre foi conquistado por inúmeros povos com a GREVE. A valorização do trabalho humano igualmente. Deve, pois, o trabalhador se opor com a greve, até mesmo com seu próprio sacrifício pessoal, a toda e qualquer tentativa de supressão definitiva ou transitória das franquias constitucionais ou liberdades públicas...[14]

Finalmente cabe analisar a defesa de José Gomes Pimenta, a menos elaborada e detalhada das três que foram apresentadas à Assembleia. Seus termos são de uma singeleza comovedora. Em apenas três páginas, por meio de um texto sumário, citou o evangelho, a doutrina social da Igreja, reafirmou suas convicções de cristão e a certeza de que seu mandato estava a serviço de Deus e da nação.

> Não pretendemos defender-nos, mas com o devido respeito faremos aqui algumas considerações, a fim de que possamos ficar tranquilos, por não omitir na hora necessária. O homem só está tranquilo com sua consciência, se está em paz. Em nosso caso só Deus representa a paz e nós estamos em paz.

(13) Trechos da cópia autêntica do texto de defesa de Sinval Bambirra, assinada no Quartel do DI em 8.4.1964.

(14) Trechos da cópia autêntica do Texto de Defesa de Clodsmidt Riani assinada em 8.4.1964.

> Sendo de origem pobre, a ela nos mantemos fiel, defendendo seus direitos em todos os instantes, conforme a doutrina social da igreja.
>
> Quanto a nós julgávamos servir a deus e à nação, servindo-nos de um mandato dado pelo povo, a fim de ajudar-lhes, esclarecerem-se, organizarem-se, para juntos livrarmos a pátria, da peste da fome, doença, nudez, analfabetismo, falta de teto, elevando-a para o desenvolvimento e a seu povo a dignidade de pessoa humana.
>
> No desempenho do mandato usamos a virilidade da verdade, mas sem ódio, apesar do ardor causado pelas mágoas do sofrimento de nossa origem, mas o ódio não supera o amor e o nosso amor à causa certa e consciente jamais nos levaria a tomar outra posição que a de cristão.

Mas como as peças da defesa só serviram para se evitar que alguém pudesse questionar a regularidade dos procedimentos, com certeza, não chegaram a ser consideradas em seu conteúdo e no mesmo dia foram anexadas ao processo, quando ocorreu a cassação do mandato dos três deputados. Daquela data em diante, sem a proteção que lhes garantia a imunidade parlamentar, ficaram completamente vulneráveis, amargando anos seguidos de humilhações, violência, prisões e exílio.

Bambirra, após ter sofrido inúmeras torturas nos quartéis mineiros, foi julgado e condenado a vinte anos de reclusão. Posteriormente, sua pena foi reduzida pelo Tribunal Superior Militar. Então, foi solto no início de 1968. Quando ao final deste mesmo ano percebeu que o clima político no Brasil estava muito acirrado e que as perseguições políticas poderiam lhe atingir, protegido pelos freis dominicanos, exilou-se primeiramente no México e depois na Alemanha Oriental, onde concluiu o Curso de Jornalismo. Somente após dez anos voltou ao Brasil, logo após a votação da Lei da Anistia pelo Congresso Nacional.

A trajetória de Riani, após o desencadeamento final do processo de cassação, chegou a ser trágica. Muito visado por ter sido presidente do Comando Geral dos Trabalhadores e por ter ligações próximas com o Presidente deposto João Goulart, não foi poupado um dia sequer. Após ter respondido a Inquérito Policial e Militar, foi julgado e condenado a dezessete anos de prisão. Mas sua pena também foi reduzida pelo STM e no início de 1968 foi solto. Sem maior mobilidade para sair do país, pois tinha dez filhos, todos menores, voltou ao trabalho de eletricista em Juiz de Fora. Mas, logo após a decretação do Ato Institucional n. 5 voltou a ser preso e amargou anos de prisão no presídio de Ilha Grande no estado do Rio de Janeiro.

Dazinho também foi julgado na mesma ocasião de Riani e Bambirra. Foi condenado a dezoito anos de reclusão. Sua pena, após recurso do advogado, também foi reduzida e ele voltou para Nova Lima. Quando estava preso, sua família foi largamente apoiada pelo Movimento Familiar Cristão. Eram onze filhos e por isso Dazinho afirma que nunca pensou em sair do Brasil: "Não saio do Brasil. Tenho onze filhos para cuidar".[15] Mas

(15) LE VEN, Michel. *Op cit.*, p. 133.

Digitalizado com CamScanner

em Nova Lima não pode voltar à Mina, pois a empresa o dispensou. Para sustentar a família exerceu várias funções: motorista de Kombi que fazia serviço de lotação, apontador de obra de construção civil, avicultor...

A história narrada neste artigo não teria sido menos trágica se aos seus personagens não tivesse sido negado, por exatos trinta e três anos, acesso às atas do processo. Todavia revestiu-se de especial ironia, pois Riani e Bambirra acreditaram durante todos esses anos que alguns parlamentares do Partido Trabalhista Brasileiro os haviam apoiado e que a aprovação da cassação não alcançara unanimidade dos votos.

Considerações finais

Este episódio da Assembleia Legislativa de Minas Gerais se insere num contexto muito maior do que o do rompimento da ordem constitucional em 1964. De fato, na década de sessenta, não somente o Brasil mas também o mundo estava polarizado. A inauguração pelo Poder Legislativo mineiro da rotina de cassações que tomou conta do Brasil, após 1964, integrou-se a um processo de resistência a mudanças políticas e sociais, que às vésperas da chegada dos militares ao poder pareciam ter um potencial revolucionário. E na verdade o tinham, pois num país como o Brasil, de tradição ibérica centralizadora e excludente, operários chegarem ao poder parecia aos olhos de expressivos segmentos da sociedade civil uma excrescência, que precisava ser eliminada. E assim foi feito: Riani, Bambirra e Dazinho, que foram sujeitos históricos de um processo marcado pelos ventos da renovação, foram também vítimas privilegiadas do que paradoxalmente se constituiu como o outro lado da moeda deste mesmo processo: o conservadorismo.

Fontes consultadas:

— Assembleia Legislativa de Minas Gerais — Processo de Cassação dos Deputados Clodsmidt Riani, Sinval Bambirra e José Gomes Pimenta;

— Representação para Cassação dos Deputados;

— Adesão em separado de vários deputados à Representação para Cassação;

— Parecer da Comissão de Constituição, Legislação e Justiça sobre a Representação;

— Declaração de voto em separado do deputado Demerval Pimenta, em nome da bancada do PTB, apoiando a cassação;

— Convocação para reunião extraordinária e secreta da Assembleia Legislativa para examinar o assunto;

— Documento de regulamentação da tramitação do processo;

— Ata Secreta da reunião extraordinária da Assembleia Legislativa em 7.4.1964 (manuscrita);

— Ata da 209ª reunião ordinária da Assembleia Legislativa em 7.4.1964;

— Certidão da Secretaria de Segurança Pública — Departamento de Vigilância Social em relação a Sinval Bambirra;

— Certidão da Secretaria de Segurança — Departamento de Vigilância Social em relação a Clodsmidt Riani;

— Certidão da Secretaria de Segurança Pública — Departamento de Ordem Política e Social em relação a José Gomes Pimenta;

— Relatório da Comissão de Inquérito da Assembleia Legislativa de Minas Gerais relativo à atividades dos deputados supracitados;

— Documento do Partido comunista sobre sua atuação junto ao movimento sindical, estudantil, de favelas, dentre outros;

— Relação da composição do Comitê Estadual do Partido Comunista de Minas Gerais, da qual consta o nome de Sinval Bambirra;

— Recibos em relação à documentação do processo assinados por Clodsmidt Riani, Sinval Bambirra e José Gomes Pimenta;

— Peça de defesa de Clodsmidt Riani;

— Peça de defesa de Sinval Bambirra;

— Peça de defesa de José Gomes Pimenta;

— Complementação de Certidão da Secretaria de Segurança Pública em relação à Clodsmidt Riani;

— Depoimentos das seguintes testemunhas de acusação: Coronel José Meira Junior; Delegado Auxiliar de Polícia — Doutor Fábio Bandeira de Figueiredo; Major Silvio de Souza; Doutor José Pinto Renó; General José Lopes Bragança, dentre outras;

— Parecer Conclusivo da Comissão de Inquérito;

— Edital de Convocação de reunião extraordinária e secreta da Assembleia Legislativa para 8.4.1964;

— Parecer conclusivo sobre a Representação em que se pede a cassação do mandato dos deputados;

— Resolução n. 580: Dispões sobre a Cassação dos Deputados Sinval Bambirra, José Gomes Pimenta e Clodsmidt Riani;

— Ata de reunião extraordinária e secreta da Assembleia Legislativa de 18 de abril relativa à solicitação de documentação sobre aos três deputados cassados, por autoridades encarregadas de IPM que investigava a atuação dos mesmos;

Digitalizado com CamScanner

— Ata da parte secreta da reunião ordinária da Assembleia Legislativa de Minas Gerais de 24 de abril relativa à solicitação de cópias do processo de cassação dos três deputados por autoridades militares.

Depoimentos de história de vida

— Clodsmidt Riani a Lucilia de Almeida Neves — Programa de História Oral — UFMG;

— Sinval Bambirra a Lucilia de Almeida Neves — Programa de História Oral — UFMG.

Periódicos

Jornal *O Tempo*. Edição especial, 19.4.1998.

DISCRIMINAÇÃO E PSIQUE

Digitalizado com CamScanner

Condutas Discriminatórias e o Sujeito Social: Um Olhar Psicanalítico para Reflexão

REGINA MÁRCIA MANICARDI VAZ

Assistimos hoje a um movimento social intenso que promove as mais diversas abordagens sobre o problema da discriminação social e suas condutas discriminatórias, praticadas por sujeitos sociais contra outros sujeitos sociais, que apresentam diferenças por alguma característica ou condição.

Movimentos que procuram conscientizar as pessoas sobre o problema da discriminação social.

Porém, parece que "é mais fácil quebrar um átomo do que um preconceito", como disse Albert Einstein, utilizando a física atômica para evidenciar a rigidez de uma ideia preconcebida.

Nós, sujeitos sociais, somos perpassados por essas ideias preconcebidas desde o momento do nosso nascimento. Ou mesmo antes, já que somos fruto do desejo ou da falta de desejo de nossos pais, sujeitos na sociedade antes de nós.

O ser humano não nasce um indivíduo isolado nem original, apesar de único em sua constituição como ser. Nasce num contexto biológico/genético, familiar, social, cultural, econômico, histórico e político, ou seja, multifatorial e determinante das mais diversas condutas que virá a praticar ao longo de sua existência.

Não podemos pensar o problema da discriminação sem abordar no sujeito que discrimina e no que é discriminado essa condição multideterminante de sua existência. O sujeito social que discrimina e o que é discriminado devem ser pensados não apenas por características pessoais e individuais, mas como nos diz Joel Birman[1]:

> Com efeito, não se trata absolutamente de interpretar os problemas sociais a partir de certas características dos agentes sociais, mas de pensar em como

(1) BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade*: a psicanálise e as novas formas de subjetivação. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 295.

Digitalizado com CamScanner

a ordem simbólica e política do social é a condição de possibilidade para a produção de sujeitos que funcionam segundo certas regularidades psíquicas e não conforme outras, também possíveis.

Continua ainda: "A psicanálise procura, enfim, pensar o sujeito singular em um campo estritamente intersubjetivo, no qual ele é permeado pelos valores simbólicos que o transcendem e pelas forças pulsionais que o impactam".(2)

Assim, o objetivo dessa proposta de reflexão é pensar em alguns destes fatores intervenientes na condição do sujeito social e relacioná-los ao impacto das condutas discriminatórias sobre o discriminador e o discriminado pelo ponto de vista psicanalítico.

1. A constituição do sujeito: o olhar fundante

Desde o nascimento, o ser humano carece de um olhar de outro ser humano que lhe configure sua existência. Nas condições da espécie que pertence não sobrevive por si só, tem que ter outro ser humano que "olhe por ele", que o ajude a suprir suas necessidades básicas. Dentre essas, a de alcançar sua "independência", passando de indivíduo(3), ganhando *status* de sujeito com seu nome e capaz de nomear as coisas.

Capaz de simbolizar, principal função diferencial dos humanos em relação aos demais animais.

Incrível como a situação de dependência do outro confere à espécie humana um grau de evolução superior em termos de desenvolvimento.

A inter-relação com outro humano que lhe supra nesta fase dependente lhe capacita a ser um sujeito, ter sua subjetividade e poder participar do seu grupo, de acordo com sua herança genética e a cultura.

Em psicanálise, Lacan(4) diz que o olhar do outro constitui o sujeito. A mãe ou quem exerce a função materna deseja sua existência. Porém, nem sempre a mãe está disponível a essa forma de desejar, mas o importante é que a condição desejante da mãe, querendo ou rejeitando seu filho, é que se constitui o fator determinante da existência daquele indivíduo.

A mãe ou quem exerce a função materna supre as necessidades básicas do bebê, garantindo a satisfação. Isso que irá promover o desejo pelo bebê de recuperar essa sensação prazerosa num outro momento de desconforto.

O bebê dependente acredita, a princípio, que ele é o centro do universo, numa condição *narcísica* de seu funcionamento psíquico. Chora e o leite vem para matar sua fome. Sua onipotência impera.

(2) *Ibidem*, p. 296.

(3) Indivíduo aqui no sentido biológico de espécie animal.

(4) LACAN, Jacques. O estágio do espelho como formador da função do eu. In: *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

Essa condição narcísica se refere à vivência dessa fase onde o outro não existe como tal e o bebê acredita que tudo gira em torno dele. Porém, continuar unido a esse outro, sem reconhecê-lo, não o tornará sujeito.

A mãe ou quem exerça a função materna deverá, então, atender ao bebê necessitado, mas deverá também frustrá-lo, impondo-lhe o real quando necessário (quando não pode estar presente imediatamente ao choro, por exemplo). Deverá ser capaz de acolher os impulsos do bebê e interpretá-los de uma forma, como nos diz Winnicott(5), "suficientemente boa". Se isso não for assim realizado, o bebê ficará preso à própria imagem tal como Narciso do mito se prendeu ao seu reflexo (narcisismo).

O funcionamento psíquico narcísico é estruturante no início da vida, pois protege o ser humano dos impactos e estímulos que assolam o recém-nascido. Porém, deve ser superado para que o indivíduo se torne um sujeito.

Nesta condição suficientemente boa, com o passar do tempo o bebê percebe que existem coisas dentro de si e fora de si(6). Às vezes a mãe demora em atendê-lo e isso o faz perceber que existe algo fora dele que o supre e que esse suprimento não é uma continuidade de si.

Somente ao reconhecer que existe uma diferença entre seu eu e o outro ele poderá desejar o outro e partir em busca do reencontro com esta satisfação primeira: não ter diferenças, ser onipotente, ter tudo e não se frustrar.

O bebê passa então a desejar esse outro, a mãe, que lhe supre as necessidades, que o reconhece nos seus impulsos. Ainda numa condição de ter a mãe para si e garantir sua onipotência, rejeitando sua dependência.

Essa vivência onipotente o defende de uma condição dependente que, na verdade, nos remete à possibilidade do desamparo, caso o outro não nos supra.

Primeiramente o desejo se dirige para a mãe (função materna). Amá-la, fundir-se a ela, garantir a ausência de frustração no suprimento das necessidades.

Porém, se este objeto de desejo lhe estiver disponível para se fundir com ele, não será reconhecida a diferença novamente. Neste momento, o pai ou quem excerce a função paterna é chamado em sua contribuição para o psiquismo desse novo sujeito que se forma.

A Lei, a função paterna é que coloca a interdição neste momento mágico: ser sujeito é submeter à repressão os seus impulsos, bem como a satisfação imediata. Define-se o que é proibido (amar a mulher mãe) e, ao mesmo tempo, num jogo de identificações com o pai, define-se o que é permitido.

(5) WINICOTT, D. W. *Textos selecionados:* da pediatria à psicanálise. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1993.

(6) BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade:* a psicanálise e as novas formas de subjetivação. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

Digitalizado com CamScanner

A mãe passa a ser vista não mais como a que pode realizar tudo, o sempre presente, não é mais "fálica"[7], poderosa nesse momento psíquico e é percebida com a falta, é diferente sexualmente. O pai (função paterna) passa a ser "fálico e poderoso", o que deve ser imitado e determina o que é proibido, o que não apresenta a "falta" sexual: o órgão genital masculino faz a função fálica neste momento de vivência psíquica.

A condição de reconhecimento de outro que não o si mesmo passa psiquicamente pela condição de reconhecimento da diferença sexual, perda da mãe (função materna) fálica, admissão da Lei do interdito.

Porém, esse momento é também determinante de uma situação de angústia ante a possibilidade de estar novamente diante da "falta", do desamparo, da dependência.

Reconhecer-se dependente e não onipotente é frustrante para o ser humano e o remete à angústia de ter de esperar por uma satisfação.

A saída da angústia é se identificar com o que tem o poder nesse momento: o pai, ou função paterna. Daí se instaura o ideal de Ego, descrito por Freud como tudo que se almeja ser como sujeito, além de ditar o permitido.

Essa instância psíquica é parceira do Superego que abarca tudo o que é proibido para o sujeito sob pena de ser abandonado ao desamparo novamente, ou seja, não poderá ter a satisfação de suas necessidades garantida.

O sujeito sai da condição *narcísica de ter tudo* para uma condição *alteritária de sujeito que deseja ter tudo*.

Reconhecendo o outro como tal, diferente de si mesmo, esse sujeito de seus impulsos passa a ser sujeito da Lei e assim se encaminha para a ordem social.

Aí se aprende a lidar com os limites e as diferenças. Há que se passar pela frustração de não ter e passar a desejar ter para se fazer sujeito.

O desejo só se constitui pela falta.

Esse funcionamento psíquico encaminha o sujeito a lidar com suas pulsões e necessidades considerando o real, os outros e a espera de sua satisfação conforme o possível.

Caso negue essa conformação psíquica da diferença sexual, entrará numa modalidade psíquica *perversa*, que manterá a onipotência de suas pulsões, a não consideração do outro no seu universo psíquico, a exigência imediata de satisfação, o uso do outro como objeto de satisfação por meio da predação e violência para seu uso e satisfação. Ou seja, a perversão nega a diferença entre si e o outro para perpetuar a condição narcísica de funcionamento psíquico. A perversão nega a diferença sexual e nega, portanto, o reconhecimento da existência de outro do qual é dependente.

(7) "Fálica" — termo associado ao termo *phallos* que designa o poder e não somente o órgão genital masculino.

Apesar deste modelo de identificação ter sido primeiramente definido para a explicação do chamado Complexo de Édipo masculino, a feminilidade também passa pela angústia da falta, dirigindo seu impulso amoroso e sexual para o masculino como seu pretenso objeto de amor.

Diante da diferença também teremos outros modos de funcionamento psíquico, como a neurose, psicose, arranjos que darão conta do interdito das pulsões na vida do sujeito que se forma. Aqui não prolongaremos as definições e características dessas outras formas de estruturação psíquicas definidas por Freud em seus trabalhos metapsicológicos. Mas nos interessa o funcionamento perverso, que vamos tratar mais adiante.

2. A constituição do sujeito social: o olhar social

Será que é necessário um olhar social para que se constitua um sujeito social?

Posso comentar o que Freud disse em "Psicologia das massas e análise do eu"[8], quando estabelece essa mesma ligação dizendo que seria bobagem querer separar a psicologia individual e a coletiva, pois seriam os dois polos de relações narcísicas e de alteritárias(outro) do funcionamento psíquico.

A verdade é que o social seria o polo alteritário do funcionamento psíquico, em que se reconhece a diferença eu/outro, a presença de um fora de si[9].

Viver no coletivo seria possível nessa fase do funcionamento psíquico em que realmente se leva em conta a existência de outros, das leis, do interdito.

Mas a vida coletiva deve ter instrumentos e uma organização que possa dar conta de suprir as necessidades dos sujeitos sociais.

O social faz aqui a função materna de suprir as necessidades básicas dos sujeitos sociais, reconhecendo e atendendo seus impulsos. O social deverá ser "suficientemente bom" também para que, dessa união, o sujeito reconheça o outro diferente e se constitua como sujeito social. Aqui também se faz necessária a frustração na medida do real para que o sujeito social possa reconhecer o outro diferente e passar a ser desejante.

A Lei deverá garantir o suprimento das necessidades e impor frustrações para que o desejo possa se estabelecer e mover o sujeito.

Ao ser bem recebido socialmente, estimado, reconhecido e considerado, o ser social tem o que desejar. Viver esta satisfação de ser bem-aceito.

Tem a possibilidade de suprir necessidades e, assim, desejar, mover-se emocionalmente.

(8) FREUD, S. Psicologia de grupo e análise do Eu. In: *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1969. v. XVIII.

(9) BIRMAN, J. *Mal-estar na atualidade*: a psicanálise e as novas formas de subjetivação. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

Digitalizado com CamScanner

Tenderá a sentir-se "incluído" em um grupo, pertencente a um grupo e isso garantirá o mesmo equilíbrio psíquico narcísico necessário à superação do desamparo. A noção de identidade social pode colaborar com a vivência psíquica que não teme o desamparo essencial do ser humano.

Os pais que desejam o filho, sujeito em formação, já participam de uma ordem social, histórica, cultural, econômica que determina o funcionamento social a ser seguido. Quer dizer que oferecerão padrões de comportamento e repressão de impulsos a serem identificados pelo sujeito em formação. Assim, ele passará a fazer parte deste grupo social a que pertence e do funcionamento que esse grupo opera.

A Cultura, as leis, o sistema econômico e político designam formas de organização da vida coletiva. A Lei diz a repressão dos impulsos, fala do fora de si e determina como se regulam as relações sociais.

A Lei existe e protege o sujeito, mas a prática da Lei está condicionada ao funcionamento psíquico do sujeito.

Nesta organização serão passados valores, ideais, de forma a "seduzir" o sujeito a atingir estes ideais, desejar corresponder e ter assim sua existência significada, reconhecida e estimada por todos, fugindo do desamparo. O que a organização e o funcionamento social nos oferece hoje como modelo identificatório?

Faz-se necessário, então, uma breve exposição do funcionamento atual da nossa sociedade, para que possamos compreender a interferência no funcionamento psíquico do sujeito social, e, consequentemente, na expressão do seu comportamento com os demais sujeitos sociais.

3. O social atual

A psicanálise está para o individual assim como a sociologia está para o social. Ambas, em suas esferas, analisam o funcionamento do sujeito, em relação a sua parte individual e coletiva.

Temos que levar em conta que um sujeito, mesmo antes de ser coletivo e social, já participa do grupo e de sua cultura por intermédio de seus pais, ou responsáveis, que são sujeitos da cultura antes dele. Servirão de modelo identificatório, perpetuando as relações sociais vigentes.

E como estamos socialmente?

Qualquer leitura mais atual dos autores preocupados em pensar a sociedade e seu funcionamento nos leva a uma consideração bastante enfática de que vivemos uma condição em que passamos da necessidade de "ser" para a necessidade de "ter".

Recorro aqui aos sociólogos e pensadores do funcionamento da sociedade para tentar ilustrar sob que influência vivemos hoje.

Uma "cultura do narcisismo" descrita por Christopher Lasch[10], em 1979, nos alertava para uma cultura que dissemina valores centrados no "si mesmo". Esquecia-se do passado e das tradições e não se dirigia para o futuro. Somente o hoje importava.

Hoje, 2010, a chamada cultura do narcisismo parece que se ampliou e se disseminou. O que foi descrito por Lasch, nos Estados Unidos, é vivido assim no Brasil.

Da mesma forma, vemos esses valores autocentrados na "Sociedade do Espetáculo"[11], em que o autor nos revela uma sociedade na qual o sujeito é o espectador e, assim, tal como Narciso do mito, olha para sua própria imagem e a procura incessantemente para valorizar-se. Nessa busca não pensa, não deseja, somente espera. A imagem é o que vale, e não a verdade. Vemos, como exemplo, a atração pelos "5 minutos de fama", em que aparecer é o mais importante.

A identidade se afirma no exibicionismo: posso ser onde sou mostrado espetacularmente.

Zygmunt Bauman, sociólogo polonês descreve o que ele chama "modernidade líquida" para definir a sociedade dos tempos atuais. Líquida porque se refere à característica dos fluidos, "que são assim chamados porque não conseguem manter a forma por muito tempo e, a menos que sejam derramados num recipiente apertado, continuam mudando de forma sob influência até mesmo das menores forças".[12]

Assim, nada mais tem consistência, nem os valores, nem as regras. Bauman diz: "Autoridades hoje respeitadas amanhã serão ridicularizadas, ignoradas ou desprezadas; celebridades serão esquecidas; ídolos formadores de tendências só serão lembrados nos *quizz shows* da TV; novidades consideradas preciosas serão atiradas em depósitos de lixo; causas eternas serão descartadas por outras com a mesma pretensão à eternidade..."[13]

Embora tenha sido feito um pequeno recorte de toda a teoria destes autores, que procuram um debate mais amplo do funcionamento econômico/político/social, o que podemos evidenciar é o predomínio de um entendimento comum sobre um social e um cultural que promovem uma vivência emocional narcisista.

O culto à beleza, o levar vantagem em tudo, o desenfreado consumo, tudo reflete uma economia psíquica que precisa do prazer absoluto, respostas imediatas e sem possibilidade de aceitar a frustração, o postergar da resposta aos desejos.

---

(10) LASCH, C. *A cultura do narcisismo*. Rio de Janeiro: Imago, 1984.

(11) DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo, seguido do prefácio à quarta edição italiana*: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

(12) BAUMAN, Z. *Identidade*: entrevista a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

(13) *Ibidem*, p. 58.

Digitalizado com CamScanner

Funciona-se pelo prazer, e não pela realidade. Precisamos da satisfação imediata: comprar o que nos é oferecido sem mesmo ser necessário, ter o objeto que traz consigo a valorização vigente (carro do ano, roupa da moda).

Claro que não seremos dicotômicos em colocar o mal na globalização, porém devemos admitir que ela rompe com limites estruturantes. Tudo passa a ser imediato, o que colabora com nossa necessidade de imediatismo.

Tudo passa a ser autocentrado. O outro não tem importância.

> O que justamente caracteriza a subjetividade na cultura do narcisismo é a impossibilidade de poder admirar o outro em sua diferença radical, já que não consegue se descentrar de si mesma.[14]

Mas assim ficamos num funcionamento social narcísico, em que a interdição e a existência das diferenças são negadas em favor da busca do prazer.

Podemos apontar consequências dessa evidência social em muitos aspectos da vida cotidiana. São exemplos: as doenças emocionais atuais, que expressam a chamada patologia do vazio, as constantes expressões de violência gratuita que permeiam nosso dia a dia, a pedofilia que saiu dos porões e a psicopatia evidenciada rotineiramente. A violência predatória, o uso abusivo de drogas, o descaso com a lei, o assassinato, a depredação, o levar vantagem em tudo são modalidades de obter o prazer psíquico imediato.

São modalidades perversas do funcionamento psíquico expressadas na vida cotidiana.

A perversão aqui nega a presença do outro para manutenção narcísica .

Porém, nosso foco continua na discriminação do sujeito social.

4. Como isso se reflete na discriminação?

O diferente não pode ser reconhecido como sujeito social.

Não tem olhar social para seu reconhecimento no funcionamento narcísico da sociedade.

A discriminação passa a ser o olhar possível! Impedindo a aceitação do outro com suas singularidades.

A discriminação do diferente funciona também como manutenção narcísica. Foge-se do interdito, não preciso reconhecer o outro enquanto tal.

Citando Birman[15]: "Com isso o grupo social não pode mais suportar qualquer diferença — étnica, racial, religiosa, sexual, estética e política — que não seja pela invalidação e anulação da diferença, seja pela violência ou pelo assassinato".

(14) BIRMAN, J. *Mal-estar na atualidade:* a psicanálise e as novas formas de subjetivação. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 25.

(15) *Ibidem*, p. 299.

Que impactos podemos evidenciar no sujeito que não tem sua existência reconhecida, considerada e estimada e que funciona numa economia psíquica narcísica, em que o outro não existe como outro diferente?

Pelo polo do discriminador num funcionamento social narcísico não há o que desejar a não ser a satisfação imediata. Neste sentido qualquer evidência que mostre sua limitação, sua dependência será rechaçada. Assim, o discriminador nega tudo o que poderia lhe colocar numa condição alteritária, em que precisaria respeitar as diferenças, com isso, respeitar os limites, as demoras.

A discriminação é um poderoso mecanismo que ajuda a manter o indivíduo longe de sua própria falta, de seu desamparo original, sua dependência inerente.

Assim, o discriminador rechaça violentamente o diferente, aquele que evidencia a perda da onipotência.

Violência que se perpetua pelos séculos, historicamente como no caso da raça negra. Violência que se mantém, mesmo quando leis definem esse ato discriminatório contra a raça negra intolerável. Mantém-se pelo disfarce, transformada em indiferença. Se já não podemos discriminar abertamente, podemos ser indiferentes, agir como se não existissem.

Violência que se dirige contra a mulher, cada vez mais evidente em atos de brutalidade e violência física, inclusive.

Assim também contra outros grupos, com igual intensidade, a violência da discriminação se mostra com os portadores de necessidades especiais, com determinadas religiões, grupos étnicos. Também podemos citar alguns tipos de doenças mentais e quadros psiquiátricos que mostram o diferente da "ordem social": os que têm medos, os que não estão felizes, aqueles que adoecem fisicamente, ou seja, os que "parecem" fracos e não onipotentemente fortes o tempo todo.

Aos menos favorecidos financeiramente, que expressam a falta de poder num mundo guiado pelo consumo e pelo valor excessivo das "coisas".

O discriminador vê no diferente sua própria falta. Não tolera isso.

Para aquele que não tem o olhar social, o excluído, o discriminado, resta a condição de não poder se tornar sujeito social e, por isso, não pode ter suas necessidades supridas, se desenvolver. Ficará buscando também o prazer por si só. Outro polo da economia narcísica.

O discriminado tem que lutar por um lugar de ser reconhecido, considerado e estimado.

Luta pela defesa, violência, sobrevivência ou pela justiça.

Digitalizado com CamScanner

O maior impacto da discriminação no sujeito discriminado é a frustração constante, resultando uma violência muitas vezes contra o social que nega o suprimento de suas necessidades.

Quem nunca sentiu a insatisfação de não pertencer ou de não se "ajustar"? Ruim, não é?

Pois é, e, ainda assim, somos capazes de discriminar!

Corda em Casa de Enforcado

FRANCISCO CAMINHA

(...) através do relato das dificuldades mais "pessoais", das tensões e das contradições aparentemente mais estritamente subjetivas, geralmente se exprimem as estruturas mais profundas do mundo social e suas contradições.

(Pierre Bourdieu, *A miséria do mundo.*)

Judeu! Maluco! Bicha! Puta! Negro sujo! Vagabundo incompetente!

Expressões como estas, naturalmente, manifestam preconceitos e trazem pesada carga discriminatória. A série, adjetivada ou não, pode ser aumentada, tendendo ao infinito.

Se há um exemplo acabado e incontestável de discriminação e de suas mais nefastas consequências, é o dos campos de concentração nazistas. Para colocá-los em funcionamento, a SS não dispunha de pessoal suficiente. Assim, guardas — que deram mostras de uma capacidade extrema de crueldade — foram recrutados no próprio público-alvo, isto é, entre os prisioneiros.

Doentes mentais também são cabal exemplo de discriminação/ estigmatização/ exclusão. Recentemente, um serviço de atendimento psiquiátrico, numa região de grande oferta deste tipo de serviço, foi transformado em centro especializado no cuidado de dependentes químicos. Logo em seguida, em sua porta, foi colocada uma faixa: *Crime: doentes são sacrificados por causa de viciados...*

Em briga de travestis, a ofensa final costuma ser: "bicha micheteira!"

Uma discussão de prostitutas encerra-se, de forma sangrenta, quando uma chama a outra de "sua filha da puta!"

A avó, negra, aconselha a neta a procurar um marido branco, que é para limpar seu útero.

O desempregado, após surrar a esposa mais uma vez, embebeda-se e lamenta com um companheiro: "eu devia ter me empenhado mais, ter vestido a camisa da empresa, ter sido mais flexível, me contentado com um salário menor... Acho que me demitiram por causa disto".

Digitalizado com CamScanner

"Você sabe, funcionário público é tudo gente vagabunda e incompetente", diz a professora primária.

Nesta série de exemplos, junta-se à discriminação e ao preconceito um outro elemento comum: o objeto discriminado torna-se, ele próprio, agente discriminador. A vítima transforma-se em próprio algoz.

Vou me referir, de forma um pouco mais detalhada, no exame do último exemplo, o da professora primária.

De maneira repetitiva, e com ênfase cada vez maior, funcionários públicos são apresentados como pessoas que trabalham pouco, são mal preparados, só permanecem em suas funções por ingerência de pistolão, e, constantemente, inventam dificuldades a quem recorre a seus serviços, para criarem facilidades por baixo do balcão. Se fossem melhor preparados e competentes, estariam na iniciativa privada, e poderiam mesmo ser donos de seus próprios negócios. Enfim, só estão no serviço público por comodismo, inércia, ou porque não dão pra outra coisa. A iniciativa privada, dinâmica e flexível, motor do progresso, é idealizada, elevada à condição de exemplo de excelência. Já o setor público, este dinossauro, este tipo jurássico...

A professora do exemplo, ao fazer sua a afirmação que ouviu dos outros, exclui-se do universo dos servidores, de seus pares. Inclui-se, ilusoriamente, no dos excludentes. Pensa incluir-se, excluindo-se.

O Poder Público, aqui representado pelo Estado e pela Imprensa — que atuam como sua voz — enfatiza com frequência a importância da educação, graças à qual sairemos do atraso, da ignorância e da miséria. Na prática, não lhe dá as condições necessárias para que desenvolva a nobre missão que dela se espera, ao mesmo tempo que desqualifica o pessoal que nela trabalha — não preparados e não sabem se preparar para o mercado.

Professoras abnegadas, dedicadas, imbuídas da ética do bem servir, mal pagas, destratadas, chamam para si e culpam-se pelo fracasso escolar de seus alunos: "Se ele não for alguém... Se ele cair na marginalidade... Eu é que fui a responsável... Se eu tivesse me preparado melhor, me dedicado mais, as coisas seriam diferentes. *Mea culpa, mea culpa, mea maxima culpa*"; a vítima é o culpado.

Ao acusar seus pares com as palavras que recebe dos de cima, ela se submete mais àqueles que a desqualificam. Ao desqualificar seus pares, assumir a fala dos excludentes, identifica-se com eles, passa a ser, ilusoriamente, parte deles, eles, mais parte dela, mais donos dela. Assim, exclui a seus pares, a si própria — para se incluir, pela via do preconceito que exclui. Discriminação que se perpetua nutrindo-se do próprio discriminado. Coração e mente autofágicos.

Corda em casa de enforcado, além de mal-estar, também é veículo para o próprio enforcamento.

Preguiçoso que sou, abuso ainda mais da paciência de quem chegou até aqui — aplique o exposto aos outros exemplos.

Cito a frase de memória, lamentando não tê-la fotografado.

Já disse alguém que algo muitas vezes repetido se torna verdade...

A novidade é a ênfase, pois o preconceito contra o funcionário público vem de longa data: Maria Candelária, marchinha de Carnaval dos anos 50, já falava de uma datilógrafa letra "O", que não sabia bater à máquina, mas era protegida do chefe, e por isso marcava o ponto e ia embora...

Digitalizado com CamScanner

Prostituição e Marginalidade: Narrativas de Identidade entre Prostitutas

CARLA DE MÉIS

1. Introdução

Dizem que a prostituição é a profissão mais antiga do mundo, estando mesmo presente na Bíblia, na figura de Maria Madalena. Se nos aprofundarmos, veremos que no Evangelho encontramos dois mitos fundamentais para a mulher em nossa cultura. O primeiro é Maria, mãe de Cristo. Mãe de todas as mães e símbolo de dedicação, amor, fertilidade e realização. O segundo é Maria Madalena, a prostituta arrependida, exemplo de sofrimento, tristeza e esterilidade, que carrega em si o pecado da carne e do espírito e, por isto, por ela devemos sentir medo ou pena, nunca respeito ou admiração (DA MATTA, 1991).

Seguindo esta dicotomia fundamental apresentada na Bíblia, observaremos que as prostitutas são uma importante alegoria dentro do universo feminino. Isto pode ser ilustrado pelo discurso várias vezes repetido, na vida da maioria das mulheres, em que a menina aprende que deve se comportar "corretamente" de forma a não ser confundida com uma prostituta. Certas roupas não devem ser usadas, certas palavras nunca ditas, e alguns atos nunca realizados. Tal fronteira está sempre presente. Prostitutas são as vilãs que a maioria das meninas brasileiras aprenderam a temer na sua adolescência. Elas são o símbolo do que elas não devem ser quando se tornarem mulheres. Ou seja, a prostituta expressa a fronteira da liberdade feminina.

Neste artigo nos perguntaremos quem são essas tão temidas mulheres. Quais são seus sonhos e aspirações? São elas diferentes destas outras "boas moças" que não são prostitutas?

Para responder a tais questões, apresentaremos o discurso de algumas prostitutas brasileiras, o mais importante é que desvelaremos seus silêncios, suas dúvidas e suas contradições. Na verdade, este será o nosso principal objetivo. Nesta jornada, observaremos como, da muda angústia causada pela dor de ser alguém que aprendeu a desprezar-se, pode surgir a alegria de quem finalmente consegue encontrar o seu lugar social. Em

outras palavras, este trabalho é uma etnografia que revela um exemplo prático do que Connolly chama de *politics of becoming*, ou melhor, políticas do tornar-se (CONNOLLY, 1996). Nessa trajetória perceberemos como algumas destas prostitutas rescreverão a Bíblia e transformarão a triste e arrependida Maria Madalena em uma mulher feliz, orgulhosa e fértil. Mostraremos como o silêncio pode dar lugar a novas narrativas sociais que, neste caso, serão encarnadas nas metáforas criadas por nós, da puta e da profissional do sexo.

Meu trabalho de campo com prostitutas começa em 1989. Nesta época eu fazia parte de uma equipe de pesquisa que trabalhava em uma zona de prostituição chamada Mangue, no Rio de Janeiro.(1) Neste período, eu fazia o internato do curso médico na Universidade Federal do Rio de Janeiro e junto com uma outra interna da mesma faculdade e uma médica imunologista exercíamos as atividades de agentes de saúde para a prevenção da SIDA nesta área. Ao mesmo tempo aplicamos questionários de forma a realizar um estudo epidemiológico nesta área de prostituição (DE MÉIS, 1991). Ao todo aplicamos 49 questionários semiestruturados com 112 questões cada e que cobriam questões demográficas, de saúde e de comportamento. Nesta fase, também realizamos 20 entrevistas em grupo. Cada grupo era constituído de, aproximadamente, quatro ou cinco prostitutas. Nas entrevistas em grupo, discutíamos a prevenção da SIDA e outros temas relacionados à saúde da mulher. Entretanto, como era uma discussão aberta, muitos tópicos, não realmente relacionados à saúde, também eram abordados pelas próprias entrevistadas. A partir dessa rica experiência, emergiram as ideias deste artigo.

Alguns anos mais tarde, em 1993, retornei ao campo de forma a desenvolver mais as questões que tinham surgido durante minha primeira experiência com prostitutas. Nesta segunda fase, reuni 26 histórias de vida com prostitutas de uma outra área de meretrício, Praça São João, na cidade de Niterói.(2) Nesta época fui acompanhada por uma auxiliar de pesquisa que anotava as entrevistas, pois as prostitutas não aceitavam que as gravássemos.(3) Algumas mulheres foram entrevistadas mais de uma vez. Esta segunda etapa da minha pesquisa, na praça São João, durou um ano.

Minha experiência com o movimento de prostitutas do Rio de Janeiro começa em 1988. Desde então tive diversas conversas informais com seus líderes, assim como participei de vários eventos, tais como festas, passeatas, etc. Algumas destas conversas informais foram extremamente ricas e importantes para a minha compreensão atual das prostitutas. Em 1994 e 1995 também realizei quatro histórias de vida com prostitutas que pertenciam ao movimento de prostitutas do Rio de Janeiro. Nestas entrevistas não encontramos resistência com relação a gravar os depoimentos.(4) Participei também e

(1) A equipe era formada por Ana Claudia Pinheiro de Vasconcellos, Maria José de Andrada-Serpa, Denise Linhares e eu mesma (DE MÉIS, *et al.*, 1991).

(2) Os nomes das prostitutas entrevistadas foram mudados.

(3) Minha auxiliar de pesquisa, Ana Beatriz Farah Emiliano, que estava no começo do curso médico.

(4) Desde a minha chegada na praça São João, tentei diversas vezes gravar os depoimentos, mas todas as prostitutas se recusavam a ser gravadas. Houve apenas uma exceção. Esta prostituta era diferente

Digitalizado com CamScanner

gravei, em 1995, o primeiro Fórum de Profissionais do Sexo do Município de Duque de Caxias, uma ampla área proletária que faz parte do "grande Rio".

2. Um *self* dissociado

Quando perguntamos a uma mulher em uma área de prostituição se ela é uma prostituta, ela vai responder, ao mesmo tempo, "sim" e "não". O "sim" significa que ela reconhece que sai com clientes e troca sexo por dinheiro. O "não" significa que ela não se vê, a si mesma, como uma prostituta, que, para ela, representa ser uma mulher devassa e má. Se eu perguntar a esta mesma mulher se prostituição é um tipo de trabalho, ou seja, se prostitutas são profissionais do sexo, ela novamente responderá "sim" e "não". O "sim" representa que ela considera o que faz de uma forma profissional. Contudo, por outro lado, ela dirá "não", pois vê esta atividade como algo degradante da qual deve envergonhar-se, e não como um trabalho, que, para ela, representaria algo mais nobre. Existe sempre um grande grau de ambivalência sobre este assunto. Todas as prostitutas entrevistadas afirmavam que não gostariam de que suas filhas seguissem sua atividade de prostituta. Observamos também que a maioria das entrevistadas escondia sua atividade da família, por vergonha. A ideia de prostituição ser um trabalho era, pois, controversa entre elas. O achado mais frequente era a mesma mulher oscilar, na mesma entrevista, entre estas duas posições diferentes.

Esta ambivalência deve ser compreendida a partir da herança cultural que estas carregam consigo. São mulheres, brasileiras e a maioria proveniente da classe baixa. O Brasil é uma sociedade católica. Nesta cultura, os papéis sociais possíveis para a mulher são, como já vimos anteriormente, de um lado, o da mãe, figura santificada, a boa moça, a mulher de família e, de outro lado, a mulher fácil, a puta ou a mulher da rua. Consequentemente, quando uma mulher no Brasil se torna prostituta, ela está rompendo, em seu imaginário social, com mundo da família, da boa moça e está se unindo ao universo da mulher da rua.(5) Entretanto, esta ruptura é geralmente apenas virtual,

das outras em vários pontos. O primeiro foi que ela aceitou que gravássemos sua entrevista, o segundo foi que nos sugeriu que a entrevistássemos em um bar lotado perto da praça. Quando entramos no bar, todos olharam para a gente, principalmente quando tirei o gravador de minha bolsa. A situação era bastante embaraçosa. Apesar disto, a prostituta entrevistada não parecia estar se incomodando. Começou a falar, falar e falar... Eu não conseguia entender o que ela dizia, pois seu discurso era confuso e desconexo. Eu até pensei que ela fosse psicótica. De repente um homem, claramente bêbado, que estava sentado perto de nós, se levantou e gritou o nome de nossa entrevistada ordenando-a que se calasse. Ele falou que ela estava falando demais e disse, de forma ameaçadora, "aqui se faz, aqui se paga". Depois dessa cena, o homem deixou o bar. Apesar de ter ficado assustada com o episódio, a prostituta parecia não se incomodar e continuou a falar, ainda mais animadamente. A próxima coisa que disse foi que ela sabia o nome de quem matou uma certa pessoa, dizendo-o em seguida. Neste momento, entrei em pânico. Nunca sonhei em me envolver em um caso de assassinato, e além disto vários olhos nos observavam. Decidi, portanto, ser cuidadosa e, gentilmente, interrompi a entrevistada, agradeci-lhe, paguei a conta e saí de lá cheia de alívio. Depois desse episódio, nunca mais gravei entrevistas.

(5) É importante colocar aqui que este tipo de valor será reproduzido mesmo pelas prostitutas. Isto quer dizer que geralmente uma prostituta, como qualquer outra mãe brasileira, ensinará a seus filhos o mesmo modelo que aprendeu na infância, segundo o qual a prostituição é vista como sendo o lado ruim

pois estas não rompem completamente com o mundo da família. Os sonhos de ser uma boa moça não morrem. É precisamente pelo fato de a maioria das prostitutas não abrir mão do desejo de ser uma boa moça que estas não aceitam o mundo da marginalidade, da mulher da rua, como sendo seu. O silêncio surge a partir da impossibilidade de encontrar uma narrativa de identidade legítima para si mesma, ou seja, um lugar social. Os dois mundos não podem se misturar, o da boa moça e o da puta, pois se contradizem. A fronteira é invisível, mas possui a força de um muro de pedra. Os dois mitos não podem se tocar. A mulher fica suspensa nos dois mundos sem estar completamente identificada com nenhum deles. Bibeau e Perreault, em seu estudo com prostitutas, escrevem: "... as narrativas revelam vidas quebradas, fracionadas, segmentadas, como se estivessem vivendo diversas vidas diferentes sem conseguir integrá-las dentro de si." (BIBEAU; PERREAULT, 1995:55)

Crapanzano estuda o processo de busca da caracterização de identidade, e mostra que o outro é essencial nesta dinâmica em que se busca o outro para buscar a si mesmo. Ou seja, para criar uma narrativa de identidade precisamos sempre do outro como uma fronteira simbólica de nós mesmos, pois, segundo o autor, o *self* é um instante suspenso a partir de um movimento dialético contínuo. Ou seja, a constituição do *self* requer parâmetros que se alicercem na cultura, ou melhor, no outro, e que permitirão, dentro de um certo limite, o jogo do desejo (CRAPANZANO, 1992).

A narrativa de identidade é sempre uma tentativa de se colocar a si mesmo em relação ao outro ou, se formos seguir Crapanzano, com o Terceiro; consequentemente os indivíduos estão sempre tentando situar-se entre os diversos mitos presentes na sua cultura. Neste processo, narrativas são criadas e outras negadas. Tais narrativas criam realidades que darão às pessoas formas particulares de compreender e lidar com a realidade. Para Crapanzano, a internalização de figuras significantes na biografia da pessoa induz a emergência de pontos de orientação que fazem parte de um arquétipo, ou seja, são o resultado de suas identificações ou não identificações com as diversas generalizações e tipificações do outro possíveis em sua cultura. O autor escreve que estas formulações "... servem para reforçar nosso próprio entendimento cultural do *self* como sendo uma entidade duradoura, particular, mais ou menos consistente, que está sujeita a conflitos, divisões e fragmentações, assim como a coesões e crescimento" (1992:402). As histórias de vida mostram que diversas identidades particulares estão lutando entre si, em uma busca dinâmica e contínua em que o sujeito está sempre trabalhando para encontrar uma narrativa final e conclusiva para si mesmo. O sujeito desliza entre mitos, estando às vezes mais próximo de um ou de outro, às vezes negando-os, outras, encarnando-os, em um movimento contínuo.

Existem dois mitos principais com relação ao *status* da mulher na sociedade brasileira: o da mulher da rua e o da mulher de casa. Esta dicotomia reflete a lógica

que não deve ser seguido pela mulher. Consistentemente, com esta visão, percebemos que a maioria das prostitutas não fala para seus filhos que são prostitutas, e nenhuma delas desejava que uma filha sua virasse prostituta. Consequentemente os filhos das prostitutas aprendem a temer e a desprezar prostitutas, assim como os filhos de qualquer outra mulher nesta cultura.

Digitalizado com CamScanner

encontrada em sociedades tradicionais, em que as ideias do bem e do mal, do puro e do impuro são fundamentais. Quando a mulher se torna uma prostituta, ela está entrando em um caminho marginal que não está localizado fora da cultura, mas dentro dela. Ela está seguindo a trajetória da mulher da rua, e deixando a da mulher de casa.

Esta analogia não é tão simples, pois estes dois mitos básicos darão origem a diversos outros que orbitarão em torno deles. De fato, dependendo da classe social e de diversos outros determinantes socioeconômicos, as formas de quebrar com o mito da mulher de casa e assim se afastar de todos os seus tributários assumirão formas diferentes. Isto quer dizer que, se uma mulher de classe média, intelectualizada, rompe com este universo, ela pode fazê-lo de uma forma bem diferente do que o faria uma mulher analfabeta, pobre no mesmo país. Cada sujeito encontrará dentro do seu próprio campo de possibilidades cultural uma forma de romper com a ordem majoritária (VELHO, 1994). Portanto, as formas de quebrar com a ordem hegemônica dependerão muito da herança social e cultural dos sujeitos.

Neste processo as prostitutas usarão de diversas estratégias que lhes permitirão negociar uma melhor autoimagem, desligando-se assim da identidade estigmatizada. Trata-se do percurso onde a mulher deixa a forma amórfica, o silêncio do não ser, e chega, finalmente, a um lugar social, encontrando uma narrativa de identidade.

3. Defesas contra o estigma da prostituição

Durante as entrevistas, um tópico emergia constantemente: a mulher buscava que sua atividade de prostituta não contaminasse sua vida privada (DE MÉIS; DE VASCONCELLOS, 1992). De forma a realizar isto, diversas estratégias eram utilizadas.

O nome de guerra é um nome fictício que a prostituta utiliza quando está na área de prostituição. É um artifício criado de forma que seu nome de batismo, que é sagrado para ela, fazendo parte de sua herança familiar, e representando, em seu próprio ponto de vista, a sua verdadeira essência, não seja contaminado por sua atividade como prostituta. Este tipo de estratégia foi frequentemente encontrado em nossas entrevistas. Da mesma forma, Castañeda coloca que as roupas e a maquilagem são usadas pelas prostitutas como uma forma de evitar que o estigma da prostituição toque suas vidas privadas. Para Castañeda, "Cosméticos escondem a realidade e dissimulam a aparência; e portanto preservam a identidade da mulher-mãe-diurna-batizada, figura central e omnipresente do grupo familiar... 'maquilagem' é a criação da prostituta-atriz-noturna-anônima, localizada no tempo (a noite, transitória), no espaço (a rua, aberta e exposta) e encarando alguém específico (o cliente, o ambiente). Maquilagem cria uma segunda pele, que esconde e protege a 'mulher', é parte da sua realidade profana; e por isto deve ser removida toda noite. Como em um ritual de purificação, o rosto é limpo, as roupas são mudadas. O renascimento ocorre antes de voltar para casa, para a realidade sagrada" (CASTAÑEDA,1996:241). As palavras das entrevistadas revelam uma constante tentativa de separar suas vidas pessoais de sua atividade como

prostituta. Para realizar isto, muitas pequenas ações são escolhidas como rituais de purificação para expelir o "mal da prostituição" de dentro de si. Em outro nível, elas tentam se diferenciar entre si, ou seja, entre ela própria e as outras prostitutas. O relato de Glória é representativo deste tipo de estratégia. Ela nos diz que "algumas mulheres brigam, são escandalosas, usam drogas. Isto não é normal! Eu não sou assim, e não tenho nenhum tipo de relação com esse tipo de gente. É preciso saber escolher os amigos. Algumas pessoas dizem que prostituta é tudo igual, mas eles estão enganados. Somos muito diferentes. Eu não me sinto como uma prostituta. Eu sou muito diferente delas". Gaspar escreve: "As meninas demarcam fronteiras e limites de forma a admitir que são realmente prostitutas, mas que são diferentes, e consequentemente são melhores do que as que 'ficam em certas ruas' ou as que usam muitas drogas. O mecanismo de atribuir o estigma para outros estilos de prostituição é uma parte estrutural do processo de construção de identidade entre prostitutas" (GASPAR, 1988:89).

Todas estas estratégias são usadas para convencer a prostituta e os outros de que prostituição é uma situação transitória em sua vida, que é algo que não pertence à sua verdadeira personalidade. É uma fatalidade temporária. Este tipo de narrativa é derivada da visão que a prostituta tem de sua atividade como sendo algo degradante, como algo que não faz parte da sua vida autêntica.

A partir daí observamos, atônitos, que, em uma zona de prostituição, as prostitutas não se consideram prostitutas. O que pode parecer inicialmente paradoxal e ilógico só se torna compreensível se considerarmos a subjetividade das mulheres. Ou seja, o que as prostitutas realmente querem é poder deixar a prostituição o mais rápido possível e atingir sua verdadeira vocação, ou seja, a de ser uma mãe de família. Esta narrativa será mantida mesmo quando a mulher fica na prostituição por vários anos, ou mesmo por toda a sua vida.

Neste contexto, Castañeda se utiliza de Deleuze e Guattari para afirmar que as prostitutas vivem um tipo de "esquizofrenia social". Um estilo de vida que implica "... uma separação e uma simultânea combinação de pelo menos dois mundos e dois tipos de comportamento: o mundo da família de um lado e a esfera do comércio do sexo do outro; uma vida pessoal durante o dia e uma vida profissional noturna; duas faces de uma mesma pessoa" (1996:229). Mesmo considerando esta metáfora de esquizofrenia social como problemática por possuir em si um sentido "patologizante", ela nos é útil no sentido que sugere a coexistência de dois mundos separados dentro da mesma mulher. Contudo, consideramos liminaridade, conceito criado por Turner mais correto e poderoso (TURNER, 1969, 1993).

4. Uma eterna fronteira: liminaridade como uma posição social

Usando os conceitos de Ritos de Passagem de Van Gennep (VAN GENNEP, 1978), Victor Turner desenvolve o conceito de liminaridade. Para Turner, "os atributos da liminaridade ou da pessoa liminar... são necessariamente ambíguos, pois esta condição

Digitalizado com CamScanner

e tais pessoas tendem a deslizar e escapar da rede de classificações que normalmente localiza e posiciona os sujeitos no espaço cultural. Entidades liminares não estão aqui nem lá; estão entre as posições construídas e aceitas pela lei, pelo costume, pela convenção, e pelo cerimonial... liminaridade é frequentemente ligada à morte, a estar no túmulo, à invisibilidade, à escuridão, à bissexualidade, à selvageria e a um eclipse do sol e da lua" (TURNER,1969:81). A prostituta, dividida entre o mundo da "mulher de casa" e o da "mulher da rua", fica fora de ambos, vivendo em um selvagem espaço liminar.

A distinção de Da Matta da casa e da rua nos permitirá melhor especificar a situação liminar da prostituta e o papel simbólico da mulher da rua na sociedade brasileira. O autor considera a casa e a rua como duas categorias essenciais para a compreensão da sociedade brasileira (DA MATTA, 1991). Para Da Matta, o universo da casa é organizado pela hierarquia e pelas relações calcadas no parentesco e amizade, caracterizando-se pelo calor e afeição. Por outro lado, o universo da rua é o lugar da desconfiança, do anonimato, da incompreensão, do "salve-se quem puder", ou seja, "cada um por si, e Deus por todos". É a lei da selva. O espaço simbólico da casa é um lugar pacífico e ordenado, enquanto a rua se torna um lugar perigoso pela ausência de regras. De fato, qualquer coisa que retire a base relacional da sociedade brasileira, que possui profundas raízes tradicionais e relacionais em si, é considerada ameaçadora. Anonimato, neste universo social, é igual a caos nas relações sociais. A liminaridade impede a criação de qualquer tipo de relação. Logo, a mulher liminar, ao não se permitir criar relações, torna-se um habitante do universo da rua. Anonimato é rua.

Como as mulheres são prostitutas e não aceitam este fato, recusando-se a se desfazer do ideal de ser uma mulher de casa, ou seja, uma boa moça, não atravessam a linha que divide os dois mundos. Isto as torna para sempre ligadas ao projeto social de "mulher de casa" ao qual elas já não mais pertencem. Mesmo se mantiverem sua atividade como um segredo, ela continuará tatuada em suas próprias mentes, com o peso do estigma envenenando suas vidas, dentro e fora da área de prostituição e, ao não aceitar seu "pertencimento" ao universo da rua, elas não mergulham inteiramente no mundo da marginalidade. O submundo tem suas próprias regras, sua própria lógica, ética e estética (GASPAR, 1988; SEVERINO, 1993). Mas, como tais mulheres não aceitam que tais regras e éticas sejam suas, o submundo permanece sendo um espaço liminar, um espaço vazio, sem regras. O submundo se torna rua (no sentido dado por Da Matta).

5. Vivendo na rua: violência e desconfiança

No discurso das prostitutas, encontraremos a encarnação do espírito das ruas. A desconfiança está sempre presente. Nas áreas de prostituição, o silêncio é a lei: ninguém conhece ninguém. A desconfiança é o principal sentimento e fica marcada no discurso das prostitutas sobre si mesmas. Praticamente unânime entre as entrevistadas era a afirmação de que não se podia confiar em prostituta, em mulher da rua. Carolina diz: "Eu não gosto de amizade aqui. Viver sozinha é melhor. Eu nunca briguei." Paula diz que "uma prostituta não pode ter amigos. O mais importante para mim é a minha

carteira, quando ela tem dinheiro. Todo mundo é muito maldoso. Minhas amigas são mulheres que não são prostitutas". Uma outra prostituta fala que "na rua, todo mundo é Judas, tudo cobra, não dá para ter amigos... não dá para confiar em putas... todas te traem em algum momento".

Algumas prostitutas explicam a falta de solidariedade entre elas pela competição e inveja. Lúcia afirma: "Amigas na prostituição? É impossível. Está vendo essa cicatriz? Foi uma briga. Uma mulher dessa praça chegou para mim e disse 'você é bonitinha mas muito metida'. Eu reagi e agarrei ela. Depois disso ela pulou e me cortou no rosto. Então, eu também cortei o rosto dela com uma garrafa. Chegou a pegar no olho. Acho que ela nem enxerga mais... Uma outra vez, uma mulher veio para mim, dizendo que eu tinha saído com o homem dela. Eu disse para ela que o dinheiro era dele. Ela subiu em cima de mim e a gente brigou. São todas elas mulheres feias e recalcadas, têm inveja... mas eu não vou sair no prejuízo não!". Valéria afirma: "Amizade é só com homem, com mulher é impossível". Simone nos explica o porquê de ela não ter amigos na praça. Ela conta que, antigamente, tinha uma amiga que ela até ajudava com dinheiro, dando comida e lugar para ficar quando estava na rua. Entretanto, ela nos mostra seu desapontamento ao dizer que uma noite, quando sua amiga tinha bebido e usado drogas injetáveis, jogou um copo no seu rosto. Ela nos mostra a cicatriz. Explica que desde este incidente ela nunca mais teve nenhum tipo de amizade na área de prostituição, concluindo: "Eu chego aqui, trabalho, pego meu dinheiro e volto para casa. Aqui, só por dinheiro."

De forma a entender estas brigas, é importante compreender como funciona a hierarquia entre as prostitutas. Esta é geralmente baseada na beleza e no poder de atrair os homens. Estas duas características estão estreitamente relacionadas: se uma mulher for bonita, ela será mais desejada pelos homens. Os homens são os marcadores de *status* e prestígio entre as prostitutas. Eles são também o motivo da maioria das brigas; por exemplo, quando uma prostituta quer atacar outra, ela poderá fazê-lo saindo com o namorado ou o cliente regular desta. Ou seja, o não respeitar a regra de não seduzir o homem de outra mulher é uma causa frequente de briga entre elas.

Entretanto, há que se questionar se a competição é a única causa para todas essas brigas e desentendimentos. Certamente ela é um fator importante, entretanto não explica tudo. Em outras profissões, como, por exemplo, entre médicos e modelos, a competição também é muito grande e nem por isso se observa esse tipo de hostilidade física entre as pessoas. Por outro lado, observamos que outros grupos que transitam no universo da marginalidade costumam apresentar o mesmo padrão de comportamento (SILVA, 1993; PERLONGHER, 1994, 1990).

Para entender esta alta incidência de brigas na área de prostituição, é importante que situemos este espaço dentro de uma região moral (PARK,1968): o submundo. Nessa mesma região moral transitam traficantes de droga, ladrões e outras pessoas que deixaram a legalidade. Uma prostituta comenta sobre as áreas de prostituição do Rio de Janeiro que já frequentou. A primeira, ela explica, era controlada pelos traficantes. A segunda

Digitalizado com CamScanner

era um pouco mais calma, pois quem mandava lá era a polícia. Entretanto, ela diz: "... tinha um policial lá que matava as mulheres por qualquer besteira." Um ponto interessante desta fala é que todo mundo conhecia o policial, ou melhor, o assassino, mas, apesar disso, ele não era denunciado. As prostitutas parecem pensar que se fossem ao tribunal depor jamais ganhariam a causa, pois a palavra de um policial sempre anularia a palavra de uma prostituta. Ou seja, elas nunca seriam ouvidas. É por conta disto que ninguém denuncia o policial que mata as mulheres na Praça Tiradentes[6]. Perlongher escreve que "... é um tipo de terror... presente no submundo... quando um mata, todos matam" (1990:72). Matar e morrer são coisas comuns e podem acontecer a qualquer momento.

Compreender a atmosfera de terror e violência no submundo é importante para caracterizá-la como um espaço liminar. Um espaço transitório onde não se pretende viver (mesmo quando de fato o fazem). É o lugar da vergonha e da transgressão. O submundo tem suas próprias regras e leis, mas, como as pessoas lidam com elas de forma ambígua, estas regras são constantemente quebradas. É por isso que o submundo se torna um local tão ameaçador. Afinal de contas, como alguém pode respeitar as regras de um lugar irrespeitável? Traição e deslealdade provam ao sujeito e ao grupo que eles não estão juntos. Eles não são iguais. Não são irmãos. São sujeitos sem um grupo.

Brigas são tão frequentes nas áreas de prostituição que têm até um apelido, "briga de quenga". Das 26 prostitutas entrevistadas na praça São João, três (11,5%) tinham cicatrizes agudas de uma briga recente. Entretanto, se considerarmos também as cicatrizes antigas, este número crescerá consideravelmente. As cicatrizes geralmente são no rosto, de forma a destruir a beleza da mulher. Poucas eram as mulheres que não tinham cicatrizes, e, quando isso acontecia, o fato era colocado por elas com orgulho.

O medo de morrer estava sempre presente entre as nossas entrevistadas. Existia um ditado corrente na praça de que prostituta não vive muito, morre cedo. Algumas delas nos contaram sonhos em que se viam mortas. Outro exemplo desta grande preocupação com a morte foi observado na narrativa de uma prostituta de 17 anos que me disse não acreditar que ia viver o suficiente para ver sua filha crescida.

Entretanto, o terror da morte não era apenas fantasia. Se nos aprofundarmos no mundo da rua, observaremos que a morte e a violência estão frequentemente juntas no seu quotidiano. Isto pode ser ilustrado pelo relato de algumas mulheres da praça. A primeira foi Graça, de 20 anos, cujo rosto estava cheio de aparelhos ortopédicos por causa de uma cirurgia. Ela nos conta que um cliente, no motel, pretendendo não pagar por seus serviços, atirou no rosto dela. Felizmente, não morreu. Um segundo exemplo

(6) O policial é um personagem importante no submundo. Ele tem um papel ambíguo pois participa ao mesmo tempo das leis e das regras dos dois mundos: da cidade e do submundo. Ele se desloca facilmente nos dois mundos, tirando vantagem em cada situação. De fato, o *status* que ele tem de um agente legal permite que possua e carregue armas e justifica o uso da violência no nome da "lei". Este poder pode ser usado para conseguir impunidade quando estiver praticando atos ilegais e pode ser manipulado para combater seus adversários na área. Todas estas características fazem do policial um importante e poderoso personagem na hierarquia do submundo.

foi Karen. Sua face estava quase que completamente coberta por curativos, de forma que só podíamos ver bem seus olhos e boca. Ela nos conta sua história de uma forma indiferente, com uma voz monótona, sem nenhum tipo de emoção: "Foram dois homens e uma mulher... eles me seguiram. A mulher quebrou uma garrafa de cerveja na minha cabeça e os homens jogaram uma faca para ela me cortar. Eu estava cheia de sangue, mas peguei um pedaço de pau e corri atrás dela". O único momento em que a entrevistada nos mostra alguma emoção é quando diz, com alguma alegria, que em vez de correr atrás dos homens ela correu atrás da mulher, e elas brigaram. Ela levou, mas a outra recebeu o troco. Karen nos conta que, quando era nova e ingênua, era espancada e roubada o tempo todo. Diz que mudou quando a finada "negona", líder na praça neste período, ensinou-lhe a bater. Agora ela já sabe, se alguém tenta bater nela, ela bate de volta. Já não é mais burra...

No submundo as pessoas não se utilizam dos meios legais para lidar com seus problemas. Uma frase dita por uma prostituta nos ajuda a compreender o porquê disto: "Ninguém confia em prostituta... Se eu fosse argumentar com uma pessoa como ela (referia-se à minha assistente de pesquisa), ela ganharia, mesmo que eu estivesse certa." É como se as prostitutas não acreditassem que as leis da cidade funcionassem nas sombras do submundo. Foi por isso que Graça e Karen não procuraram a polícia para denunciar seus agressores. Ambas, seguindo as leis do submundo, decidiram vingar-se com as suas próprias mãos. Graça pediu a um amigo para matar o homem que atirou nela no motel, e Karen seguiu sua agressora e lutou com ela. "Olho por olho, dente por dente." A ideia de cidadania e de uma justiça legal parecem conceitos estrangeiros neste mundo.

Podemos nos perguntar, entretanto, se é crime bater, roubar ou matar uma prostituta. Mesmo que à primeira vista esta pergunta nos pareça boba, ela é séria. Se fizermos essa pergunta a uma prostituta, a um advogado, a um assassino ou a qualquer outro brasileiro, eles provavelmente dirão que esses são crimes como outros quaisquer. Eles dirão que prostitutas, menores abandonados e travestis são pessoas iguais a todo mundo. Entretanto, o que nós observamos na prática é que não é assim que as coisas realmente funcionam. Nem sempre o que as pessoas afirmam é igual ao que fazem. A explicação não é fácil. Pode-se dizer que a justiça brasileira não funciona. De quem é a culpa? Júlia não acredita na justiça e diz que o juiz nunca iria acreditar no seu depoimento se ele fosse diferente daquele do policial. É por isto que ela não usa os meios legais para conseguir seus objetivos. Entretanto, em uma área de prostituição, onde o movimento de prostitutas cresceu o suficiente, as líderes juntaram dinheiro do grupo e contrataram um advogado para protegê-las nas causas legais e, depois disso, os espancamentos por policiais e as brigas diminuíram muito.

Pessoas que transitam no mundo marginal não estão acostumadas a lidar com assuntos legais. Quando alguém rompe com o mundo da ordem, da família e entra na marginalidade, está adquirindo uma linguagem nova e abrindo mão da antiga. Isto significa tornar-se alienado do mundo da legalidade, esquecendo suas regras e códigos.

Digitalizado com CamScanner

Durante uma conversa informal, uma líder do movimento das prostitutas coloca ironicamente a ingenuidade de um conhecido malandro quando este tentou vender sua motocicleta. Em pânico, ao lidar com os papéis e com as questões legais necessárias para a venda, ele pediu a um outro homem que estava mais acostumado a lidar com este tipo de coisa, para fazer no lugar dele. Ele fez o que um adolescente inexperiente de classe média nunca faria: deu a motocicleta e todos os seus documentos assinados para o indivíduo. O resultado foi que este temido malandro perdeu sua motocicleta. O experiente homem do submundo era uma criança no mundo dos documentos e das leis. Ele não compreendia a sua linguagem.

Voltando às nossas prostitutas, sugerimos que esse sentimento de ser um estrangeiro ao mundo dos papéis, leis e instituições pode ser um outro fator que influencie a interpretação que elas fazem do aparato legal como sendo hostil a elas e, consequentemente, como algo que nunca devam usar para resolver seus problemas.

6. Uma vida em trânsito

É frequente que as prostitutas mudem de local de trabalho. Mudam de um lugar para outro na mesma cidade, assim como de uma cidade para outra (MAZZARIOL, 1976; SEVERINO,1993). A maioria delas vive em quartos alugados pelos quais pagam por diária. O fato de pagar em diária tem um importante efeito simbólico, pois faz com que o lar seja visto sempre como transitório, mesmo que a mulher permaneça no local por muitos anos. Portanto, a casa é rua. Em outras palavras, se a mulher se muda com frequência, ela não se ligará de uma forma mais profunda aos lugares e às pessoas com quem vai lidar, não criando vínculos, e isto por sua vez fará com que ela se mude com mais frequência.

Observaremos que este estilo de vida é também estimulado pelos donos de casas de prostituição e de boates, frequentadas pelas prostitutas. O principal ingrediente do lúdico é a novidade. Os clubes dependem da novidade para atrair os clientes e, portanto, estimulam uma alta rotatividade das meninas. A falta de envolvimento nas boates, segundo Gaspar (1988), faz parte do *ethos* do grupo, em que as relações têm sempre um caráter de programa, portanto, de uma relação fortuita, na qual não se espera uma continuidade. Essa atitude é também uma forma que as mulheres encontram para se desligar da prostituição, pois, como mencionamos, elas acreditam ser essa atividade temporária. Para Gaspar, "a dificuldade de encontrar pessoas e de se manter contatos mais longos e profundos é uma realidade entre as relações existentes nas boates. As meninas frequentam as boates mas não têm vínculos empregatícios com seus donos. São colegas entre si, mas, ao mesmo tempo, estão em uma clara situação de competição. E os clientes são, em sua maioria, turistas que elas não verão novamente. As meninas estão ligadas às boates, mas consideram sua presença nestes estabelecimentos como sendo provisória, assim como também consideram transitória sua atividade como prostituta. Socializam com suas companheiras de trabalho, mas ao mesmo tempo impõem limites

a essas relações... valorizando a falta de compromisso, quando um evento acontece seguido a um outro, sem nenhum planejamento rígido. Na verdade, elas se veem vivendo uma vida calcada no imediato, no aqui e agora, sem pensar no futuro, e essa noção de tempo aparece nas suas obrigações diárias, assim como na forma como organizam suas próprias finanças" (GASPAR, 1988:54). As prostitutas vivem um tempo sem futuro, sem planos para nada que vá além do dia seguinte. A vida é vivida de um dia para o outro.

Uma outra indicação da relação que as prostitutas têm com o tempo advém da forma como lidam com o dinheiro. Geralmente, economizar dinheiro implica que a pessoa pretenda usá-lo em um projeto futuro, e não guardá-lo indica uma ausência de preocupação com o futuro. No nosso estudo, uma prostituta disse: "Eu não penso no futuro... não economizo dinheiro, sou a mais fodida da família mesmo!" Se considerarmos quanto ganha uma prostituta, veremos que geralmente não é pouco; entretanto, como não pretendem avançar em suas carreiras de prostitutas (que no fundo desprezam), elas não investem nelas. O dinheiro é perdido, pois também não deixam a prostituição, e, portanto, não investem em um outro emprego ou projeto.

Várias vezes ouvimos nos depoimentos que o dinheiro da prostituição não dura porque é amaldiçoado. Esta frase, muitas vezes repetida, tem um importante significado simbólico. A verdade é que não é o dinheiro que é amaldiçoado. A maldição está nas mentes e mãos das prostitutas. É uma maldição social e psicológica que acaba por tornar suas vidas caóticas, impedindo, com isso, que guardem o dinheiro conseguido. Para organizar a vida é essencial parar o trânsito contínuo, é necessário criar vínculos com pessoas e lugares. Mas, prisioneiras da liminaridade, elas correm sem rumo para chegar a lugar nenhum, ou melhor, para chegar à morte. É por isso que prostituta morre cedo, como nos disseram várias entrevistadas.

Novamente vamos citar, como um exemplo, a fala de uma prostituta de 17 anos que, quando questionada por nós se tinha planos para o futuro, respondeu que pretendia se casar com 22 anos e, então, comprar uma casa. Como ela tinha comentado comigo que costumava ganhar bastante dinheiro, perguntei se ela não poderia comprar sua casa agora. A prostituta não entendeu minha pergunta e respondeu o mesmo que já tinha dito, ou seja, que quando casasse compraria sua casa. Nesse diálogo, torna-se claro que para esta mulher a única possibilidade de ter uma casa seria como uma mulher casada. Ter uma casa sem ter uma família não faz sentido para ela. Portanto, seu futuro fica na dependência de encontrar um marido para então poder comprar a tão almejada casa, e, desta forma, poder criar planos para um futuro no qual ela possa se ver. Mas, enquanto isso não acontece, ela tem que continuar a morar cada dia em um lugar diferente, prisioneira em um tempo em que o futuro só existirá quando encontrar um marido que a salvará desta vida na prostituição, restituindo-a a seu "verdadeiro" projeto de ser uma "mulher de casa". Apenas desta forma ela conseguirá parar e construir um futuro que sinta como realmente seu. Apenas então ela poderá sair da rua para chegar à casa.

Digitalizado com CamScanner

7. Chegando à casa: a puta

Em nosso estudo observamos que existem dois caminhos principais que permitirão que as prostitutas saiam do mundo da liminaridade: o da profissional do sexo e o da puta[7]. Estas duas trajetórias são bem diferentes e não devem ser confundidas. Em ambos os casos a mulher transforma a rua em casa, mas o faz, em cada caso, de formas opostas. Enquanto ambas saem da liminaridade, a primeira o faz ao relativizar a noção de Bem e Mal, reconhecendo-se como uma cidadã, com direitos e deveres, assim como qualquer outro trabalhador. A segunda trajetória, contrariamente, nunca elimina essa dicotomia fundamental entre o Bem e o Mal, mas, mesmo assim, a partir dela as mulheres conseguem sair da liminaridade aceitando o Mal como o seu lugar, sua escolha. Ou seja, a puta nunca se verá como uma cidadã, com direitos legais, ou como uma trabalhadora. Ela é a "outra", a amante, e aceita isto. Enquanto a profissional do sexo é mais influenciada pelos valores individualistas e modernos, a puta tende a possuir um perfil mais tradicional.

Devemos enfatizar que esses tipos que criei são mais virtuais do que reais. A profissional do sexo, a puta e a mulher liminar são metáforas que não correspondem a seres reais, pois os três tipos de narrativas podem estar presentes em uma mesma mulher. Contudo, observamos que a maior parte das entrevistadas tende a reproduzir com maior frequência um destes tipos de narrativa, sendo que a narrativa da mulher liminar foi de longe a mais encontrada em nossa pesquisa.

Quando a mulher começa a representar a prostituição como uma opção e vocação em sua vida, acaba saindo da liminaridade e passa a se representar, seja como uma profissional do sexo, seja como uma puta. Ao sair da liminaridade, elas deixam o trânsito, compram uma casa, economizam dinheiro e se tornam mais solidárias com suas companheiras na área de prostituição. O que era rua vira casa.

Um exemplo é Margarida. Margarida é puta. Ela é a prostituta que está há mais tempo na praça São João e é uma das poucas que afirmavam gostar de ser uma prostituta, assim como dizia que não pretendia sair desta atividade. A área de prostituição torna-se aconchegante, como a casa. Margarida diz: "Todo mundo aqui gosta de mim. Eu não crio caso, todo mundo é legal comigo... Acho que a mulher não deve ter vergonha de ser prostituta. Basta saber se comportar. Por exemplo, eu não falo palavrão..." Ela também afirma que conhece a maioria das mulheres da praça e que costumava ajudá-las quando tinham problemas. Alguns exemplos disso foram realmente observados por nós, como no caso da prostituta que não tinha onde ficar e que Margarida chamou para a sua casa, deixando-a ficar lá até que conseguisse um teto para morar. Outra situação foi quando Margarida tomou conta de Karen, a prostituta que tinha seu rosto todo cortado. Era Margarida que lhe dava comida e os antibióticos.

(7) Escolhi o termo puta; o termo profissional do sexo é frequentemente utilizado pelas prostitutas envolvidas no movimento de prostitutas, em vez de prostituta, o qual elas consideram ser um nome carregado de preconceito.

Algumas prostitutas mostram tendência a se envolver em brigas, enquanto outras são mais solidárias entre si. Algumas delas, como é o caso de Margarida, vinculam-se mais com a área de prostituição e com seus personagens, enquanto outras tendem a ficar mais distantes e desligadas. Geralmente as prostitutas que mostram maior solidariedade com as colegas tendem a ser as que afirmam gostar do que fazem e que não querem largar a praça São João.

Entretanto, uma questão nos vem a mente. Por que Margarida, assim como outras mulheres, diferentemente da maioria das prostitutas da praça, identifica-se com a prostituição, mesmo vindo de um universo social hierárquico e tradicional, onde o lugar da prostituta não é bem-visto? Como elas conseguem se desligar do ideal da "boa moça"?

A história de Margarida e, especificamente, de sua infância nos trará alguma luz sobre essa questão. Ela nos conta, orgulhosamente, que seu pai a tinha como a filha predileta. Margarida lembra dele como um homem de grandes qualidades e virtudes. Era quase um herói. A predileção dele por ela (em relação aos irmãos) e a dela por ele (em relação à mãe) são pontos contundentes em seu discurso. O pai morre, mas permanece vivo na memória de nossa entrevistada. Entretanto, essa história esconde uma surpresa, um simples detalhe que a torna totalmente diferente: o herói de Margarida era aleijado.

Seu pai era aleijado e andava de joelhos, com uma borracha protegendo-os do atrito do solo.

Na narrativa de Margarida, descobrimos que, desde a infância, ela aprendeu a amar e a admirar, como seu principal herói, um pai que andava de joelhos. Ou seja, ela desenvolveu precocemente na vida uma estética em que o bonito era o feio. Seu pai adorado era aleijado. Ele não tinha pernas, mas pelos lábios de Margarida seu corpo pulava, corria... O personagem descrito pela nossa entrevistada era um homem feliz. Ela não tinha vergonha de seu pai aleijado; pelo contrário, era muito orgulhosa deste homem-herói.

Não importa para nós se esse pai, quase perfeito, descrito por Margarida, realmente existiu ou não. O que importa é entender que esse personagem se torna o mito que iluminará e dará sentido à sua vida. Em outras palavras, não nos interessa saber se tais fatos são verdadeiros ou falsos. O que importa é entender como Margarida representa sua infância e os personagens que se associam a ela, e também como ela se identifica com eles.

Existem muitos pais aleijados, mães prostitutas, etc., mas geralmente essas pessoas são representadas como ruins ou fracas, de quem se deve sentir vergonha. Muitas das mães de prostitutas eram prostitutas; muitos dos seus pais eram ladrões, e a maioria tem vergonha disto. Estes pais são representados por suas filhas como o oposto do belo, do virtuoso, do forte. E, então, quando posteriormente elas se tornam prostitutas, sentem vergonha de si mesmas. Na história de Margarida, o que observamos é o oposto. Ela aprende a amar um pai aleijado e depois a gostar de ser uma prostituta. Margarida

Digitalizado com CamScanner

se identifica com os feios e é por isto que ela não tem vergonha de ser uma puta, acreditando que o que os outros acham que é feio, é bonito. Margarida era gentil com os meninos de rua e com as outras prostitutas da praça, era benevolente com os feios. Ela aprendeu a amá-los; talvez por isso é que ela diga que gosta de ser uma prostituta.

Entretanto, nós devemos ser cuidadosos para não projetar a narrativa pessoal de Margarida para a de todas as outras mulheres. De fato, cada prostituta encontrará, no processo de sua própria vida, uma forma individual de atingir uma narrativa de identidade positiva para si mesma, uma identidade positiva. Se isto será feito por meio de uma identificação com um pai aleijado ou de qualquer outra forma, ou mesmo se isto nunca vier a acontecer, é impossível prever.

Quando nós observamos a narrativa da puta, frequentemente encontraremos a figura da cafetina, o outro lado da puta. A maioria da cafetinas e donas de casa de prostituição são ex-prostitutas. O fato de se tornar cafetina seria, então, uma ascensão na carreira da prostituta. Entretanto, não é suficiente querer ser uma cafetina, a mulher tem que viver o processo de aprendizado em que introjetará o *ethos*, a alma desta profissão (SEVERINO, 1993). Isto quer dizer que, de forma a poder ascender na carreira e se tornar uma cafetina, é essencial que a mulher crie vínculos com a atividade, deixando de vê-la como uma situação transitória. É necessário que ela se envolva e comece a fazer planos que se relacionem com sua permanência na atividade.

Severino escreve que o espaço em que a prostituta está inserida, por ser liminar, não tem códigos. Não concordo, pois esse espaço mostrou-se um lugar colorido por várias regras e valores. Entretanto, enquanto a prostituta não aceita estas regras e valores como seus, elas ficam presas no espaço social do não ser, ou seja, na liminaridade: quanto mais a mulher se ligar à sua atividade, mais ela conseguirá se libertar dessa situação liminar, introjetando assim um novo *ethos*. Isto permitirá que o futuro, que tinha desaparecido, renasça com projetos e planos, tais como o de ascender na carreira, economizar dinheiro, comprar uma casa, etc. Como exemplo, nos referiremos novamente a Margarida, que, orgulhosamente, nos diz que tem dinheiro economizado: "Eu tenho uma caderneta de poupança e um cartão de banco". Ela diz que com esse dinheiro irá comprar uma terra onde construirá uma casa. Para Margarida, o tempo não se limita mais ao imediato: o futuro renasce. O dinheiro não é mais amaldiçoado, e não lhe escapa mais pelos dedos. Margarida é uma líder na praça. Quando ela se olha no espelho, a imagem que vê é de uma puta. Mas ela não tem medo; pelo contrário, se sente feliz consigo mesma. A zona de prostituição não é mais ameaçadora. O lugar que, inicialmente, era escuro e triste, se torna colorido e feliz. O submundo não é mais rua, é casa.

8. Chegando à casa: as profissionais do sexo

O conceito de profissional do sexo nasceu no Brasil há aproximadamente 13 anos com o movimento de prostitutas. É um movimento novo e muito influenciado pelas ideias de prevenção da AIDS e de conscientização e melhoria da autoestima das prostitutas. De fato, o movimento de prostitutas tem sido com frequência ajudado

por instituições governamentais, como o Ministério da Saúde, e também por diversas fundações nacionais e internacionais (PETERSON,1994). Essa assistência geralmente está ligada ao suprimento de dinheiro para os projetos de prevenção da AIDS e para a distribuição de camisinhas no grupo.

O discurso das profissionais do sexo é diferente do das mulheres que trabalham na praça São João, que na maioria desconhece o movimento. As prostitutas envolvidas no movimento afirmam orgulhosamente que são prostitutas e que essa é uma profissão como outra qualquer (MORAES, 1996). As mulheres entrevistadas afirmavam gostar de sua profissão, e que suas famílias sabiam que eram prostitutas. Geralmente tendiam a enfatizar os aspectos bons da atividade. Apresentavam também um discurso em que a amizade, a solidariedade e um certo espírito de classe emergiam.

Raquel participa do movimento que lhe deu novo sentido a todas as suas memórias. Começar na prostituição não é mais visto por ela como uma fatalidade, mas sim como uma opção. Seu passado assume novos significados e associações. Raquel questiona o estigma que a sociedade impõe a ela. Questiona os valores e regras da sociedade. Raquel diz: "Antes, eu costumava pensar que as outras mulheres eram diferentes, que não iam gostar de mim. Eu nunca dizia o que eu pensava e não me dava nenhum valor." Ela continua: "Eu era briguenta... Já cortei muita gente... Eu era agressiva... Roubava as outras mulheres... Eu era uma selvagem, rebelde... mas agora eu não sou mais assim..." Ela comenta sobre uma amiga íntima que também faz parte do movimento de prostitutas e acrescenta: "Nossa classe era muito desunida, todo mundo falava mal do outro... mas agora isto está mudando... não é mais assim..." Ela termina contando sobre seus filhos: "Não é pelo fato da mãe deles ser prostituta que eles vão ser marginalizados pela sociedade... eles são como todo mundo." Logo, aparece na alma de Raquel, que se julgava a pior mulher do mundo, o germe da rebelião, quando ela questiona a sociedade e o estigma que esta lhe impõe.

Quando Raquel questiona a sociedade, ela deixa de se sentir tão marginal e cresce em autoestima, criando uma nova ética e estética na qual a prostituição não é mais vista como algo vergonhoso, mas sim como uma profissão legítima como outra qualquer. Uma outra prostituta, comentando a sua entrada no movimento acrescenta: "Minha vida mudou muito... antes eu me sentia uma inválida, um lixo; mudou muito... Agora eu vejo a vida diferente." Jussara, uma das líderes do movimento em uma outra área de prostituição nos diz: "As garotas não participam do movimento... a gente tem que assumir para nós mesmas... nós temos que quebrar com os preconceitos, nós temos que assumir de forma a poder olhar as outras pessoas na cara." Novamente a rebelião se repete, assim como a demanda urgente de desafiar os preconceitos, de mudar a sociedade.[8]

Enquanto entre as prostitutas da Praça São João a violência é aceita com resignação, como sendo algo inevitável, parte inexorável de suas atividades, nunca sendo, portanto,

(8) Para Ellen Corin, a dinâmica permanente entre o centro e a margem produz uma renovação contínua e um questionamento dos valores centrais da cultura vigente. O desvio desafia a ordem social, permitindo uma constante renovação dos valores da sociedade (CORIN, 1995).

Digitalizado com CamScanner

questionada ou discutida, entre as prostitutas engajadas no movimento de prostitutas esse ponto é sempre visto com indignação. Entre estas prostitutas, a violência policial contra elas não é mais bem tolerada, sendo uma discussão frequente as formas possíveis de combatê-la.

Gabriela, uma das líderes do movimento de prostitutas, explica que, por meio de sua própria organização, elas já conseguiram parar a violência policial contra prostitutas em algumas áreas do Rio de Janeiro. Acrescenta que a Associação de Prostitutas de Porto Alegre já tem 500 mulheres afiliadas, e que contrataram um advogado para defendê-las nas causas legais. O que era aceito com resignação agora se torna motivo de revolta. As prostitutas reivindicam os instrumentos legais de fora do submundo para se protegerem contra a violência. Torna-se essencial para se desligar do submundo e de suas leis, pois prostituição agora não é mais imoral, mas uma atividade legítima. Maria Campos, uma líder do movimento de Prostitutas de São Paulo, em entrevista a uma revista diz: "Desde que a gente começou a se organizar, a polícia nos respeita muito mais. Os espancamentos quase terminaram" (MATEOS, 1995:21). A líder acrescenta que "esta experiência (de participar no movimento de prostitutas) também diminuiu as brigas e aumentou consideravelmente a solidariedade entre elas, tornando mais fácil expandir as atividades de alfabetização e de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis..." (1995:21) Deste movimento emerge um importante tópico de discussão: ter documentos. Novamente, o que era rua se torna casa. O que era selvagem, anônimo e sem regras se torna regrado e previsível. Uma promessa é deixada no ar: um dia o submundo será iluminado pelas mesmas luzes do resto da cidade.

9. Criando narrativas de identidade

Por política do tornar-se (*politics of becoming*) consideramos o processo criativo que faz surgir novas narrativas de identidade a partir da vida social. Connoly escreve que "a política do tornar-se emerge de energias, sofrimentos e linhas de fuga que estão presentes em uma constelação histórica particular... a política do tornar-se muda o formato e fronteiras das identidades já bem estabelecidas" (1996:261). No nosso estudo, este processo toma forma na metáfora da puta e da profissional do sexo — dois mundos discursivos completamente diferentes que culminam na criação de novas narrativas e no mesmo desligar-se do espaço do não ser, da liminaridade. A puta o faz ao aceitar o submundo como seu lar, e a profissional do sexo o faz quando finalmente dissocia sua atividade das regras e do espírito do submundo.

De qualquer forma, temos que ser cuidadosos para não considerar esse modelo como sendo estático. Como qualquer modelo, ele é, em essência, arbitrário. A realidade é dinâmica e ultrapassa qualquer tentativa de classificação. A subjetividade das pessoas é feito um rio que nunca para de correr. Hoje será sempre diferente de amanhã, e uma pessoa será sempre diferente de outra. Consequentemente, este modelo deve ser lido de uma forma dinâmica, pois um dia a prostituta pode criar um tipo de narrativa que se encaixe mais na metáfora da puta, e em outro a mesma mulher pode se apresentar

mais próxima à metáfora da prostituta liminar. Por exemplo, se uma prostituta é boa com ela, pode sentir-se mais ligada à sua classe e à sua identidade de prostituta. De forma contrária, quando alguém dentro da área de prostituição a magoa, ela pode sentir-se mais desligada do grupo negando qualquer identificação com ele. A puta, a profissional do sexo e a mulher liminar são personagens ideais e não reais. Essa classificação só é utilizada por funcionar como um instrumento didático, não devendo ser lida de uma forma literal. Entretanto, podemos observar que, apesar das frequentes mudanças de discurso entre as mulheres, algumas tendem a se identificar mais consistentemente com um tipo de narrativa (por exemplo, o da puta ou o da profissional do sexo), enquanto outras se identificam mais frequentemente com um outro tipo (por exemplo, o da mulher liminar).

É também importante enfatizar que a dinâmica social que induz a criação de novas identidades não deveria ser compreendida de uma forma linear ou natural. Connolly escreve, "... na vida americana, exemplos históricos da política do tornar-se pode ser encontrado em movimentos antiescravocratas, feminismo, movimentos dos direitos homossexuais... Mas poucos participantes desses movimentos se interpretam a si mesmo como exemplos da política do tornar-se. Muitos reivindicam possuir uma essência que foi culturalmente oprimida ou preencher uma gama universal de direitos que contenha em si exclusões... eles frequentemente criam conflitos implacáveis entre os detentores do título de verdadeiro, natural ou possuidor intrínseco da identidade; passando por cima do trabalho de cultivar a generosidade nas relações sociais como se estas já estivessem escritas na cultura" (1996:264). De fato, a criação de novos mitos e a destruição de antigos não quer dizer que estes últimos estivessem errados ou fossem falsos. No nosso caso, ao nos referirmos ao mito de Maria Madalena, temos que entender que não é porque a Maria Madalena triste e arrependida está renascendo como uma mulher orgulhosa e feliz que a primeira seja menos verdadeira que a segunda. A gratidão que Connolly aponta deve ser compreendida como a força propulsora que permite que o fluxo social nunca pare de correr. A criação de novos mitos, a partir de outros, é uma consequência, a vida com sua variedade e em constante movimento. O círculo nunca se fecha.

Uma última consideração com relação às políticas do tornar-se é a prevenção da *AIDS*. Tem sido proposto que a prevenção deva ser realizada conjuntamente com grupos comunitários de forma a investir na sua conscientização e educação (STONE, 1992; NUTBEAM *et al.*, 1991). A essência dessa estratégia é baseada nos valores individualistas de autonomia, livre-arbítrio e cidadania. Já tem sido amplamente descrito na literatura que a transferência desse modelo de conscientização e educação, que se mostrou eficaz entre os homossexuais americanos, é praticamente ineficaz quando aplicado a outros contextos (AGGLETON, 1994; WOELK, 1992; ASTHANA; OOSTVOGELS, 1996).

A prevenção da *AIDS* entre prostitutas no Brasil tem sido desenvolvida basicamente a partir de grupos de conscientização (ONGs) que se baseiam no discurso da profissional do sexo. Entretanto, esse tipo de retórica só consegue atingir um número limitado de

Digitalizado com CamScanner

prostitutas (PETERSON, 1994). Como já mostramos, o conceito de prostitutas serem trabalhadoras e cidadãs não é ainda um consenso mesmo entre as próprias prostitutas; esta ideia só é aceita por algumas. Ou seja, as prostitutas que se identificam com a narrativa da mulher liminar ou com a puta não são atingidas por esse tipo de retórica.

A narrativa da mulher liminar foi a mais encontrada entre as mulheres entrevistadas por nós e pode continuar a ser repetida mesmo que a mulher fique por muitos anos na prostituição. Neste tipo de narrativa, a atividade de prostituta será sempre vista como transitória e, o que é mais importante, será sempre vista como algo estrangeiro à sua própria identidade. Como se pode pedir a prostitutas que não se consideram prostitutas para lutarem pelos direitos e pela causa das prostitutas? Trata-se de uma tarefa bastante árdua. Os voluntários começam cheios de ânimo e de ideais, mas após um curto período se tornam entristecidos e mesmo ressentidos com o grupo. Eles investem no trabalho, mas as prostitutas só os procuram quando querem algum favor ou ajuda. Quando estas são solicitadas a participarem das atividades de conscientização, os resultados são geralmente fracos. A título de anedota, vou relatar o desânimo de um advogado que costumava ser um cliente de travestis prostitutos do Rio de Janeiro. Certo dia, ele disse para Silva, um antropólogo, que, apesar dos seus esforços para organizar um movimento para lutar pela causa dos travestis, ele não conseguiu nenhum suporte do grupo. Conclui, então, com raiva, "não dá para querer ajudar... querem viver na merda mesmo!" (SILVA, 1993:74).

Posso também relatar uma experiência vivida por mim que revela esta dificuldade das ONGs que lidam com a prevenção da *AIDS* entre as prostitutas. Uma passeata foi organizada por uma ONG a fim de promover o uso da camisinha entre clientes e prostitutas. Vários cartazes e faixas foram feitos para o evento. A passeata deveria ser levada adiante por prostitutas, mas, na "hora H", apesar da pressão da líder do movimento, todas desistiram. Ou seja, quem acabou desfilando e distribuindo camisinhas no centro de Caxias foram: uma advogada ligada a causas feministas, três atrizes ligadas a um grupo teatral que discute a prostituição, uma militante do PT, as próprias organizadoras da ONG e eu mesma... Ou seja, estava todo mundo lá, menos as prostitutas... que ficaram assistindo de longe, aos risos, a cena insólita que se desenvolvia à sua frente. Ou seja, as prostitutas parecem insensíveis ao tipo de discurso e argumentação desenvolvido pelas ONGs.

Podemos observar que não é produtivo tentar impor a narrativa da profissional do sexo com relação a todas as prostitutas, pois apenas algumas delas podem aceitá-la. Ter a humildade e a sensibilidade de perceber a tragédia e a poesia da prostituta liminar, com suas contradições, conflitos e sofrimentos, é um passo importante para alcançarmos uma melhor comunicação com o grupo. Ou seja, as prostitutas são desunidas não porque sejam más ou egoístas, mas porque não podem ser diferentes. Corrijo-me, elas podem mudar, mas esse é um processo difícil, lento e delicado que não pode ser imposto.

Referências bibliográficas

AGGLETON, P. *et al.* Risking everything? Risk behavior, behavior change and AIDS. In: *Science* 265:341-345, 1994.

ASTHANAS, S.; OOSTVOGELS, R. Community participation in HIV prevention: problems and prospects for cummunity-based strategies among female sex workers in Madras. In: *Social Science and Medicine* 43 (2):133-148, 1996.

BASTOS, C. Respostas sociais à AIDS: o movimento internacional e as organizações locais. In: *Ciência e política na construção da AIDS:* ensaios de antropologia em tempos complexos. ABIA/IMS/Relume-Dumará Editores,1996.

BIBEAU, G.; PERREAULT, M. *Derives montréalaises:* a travers des itineraires de toxicomanies dans le Quartier Hochelaga-Maisonneuve. Montréal: Boréal, 1995.

CASTAÑEDA, X. *et al.* Sex masks: the double life of female commercial sex workers in Mexico City. In: *Culture, Medicine and Psychiatry*, 20 (2): 229-247, 1996.

CONNOLLY, W. E. Suffering, Justice, and the politics of becoming. In: *Culture, Medicine and Psychiatry* 20 (3):251-277, 1996.

CORIN, E. Meaning games at the margins: the cultural centrality of subordinated structures. In: BIBEAU, G.; CORIN, E. (Ed.). *Beyond textuality:* asceticism and violence in anthropological interpretation. Berlin-New York: Mouton de Gruyter Publishers, 1995.

CRAPANZANO, V. On self-characterization. In: *Hermes' Dilemma and Hamlet's Desire*: on the epistemology of interpretation. Harvard Univ. Press, p. 91-112, 1992.

DA MATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis:* para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1990.

_____. *A casa e a rua*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991.

DE MÉIS, C. *et al.* HIV Infection among postitutes in Rio de Janeiro, Brazil. In: *AIDS*, 5 (2), 1991.

DE MÉIS, C.; VASONCELLOS, A. C. P. de. Suicídio e prostituição: tentativas de suicídio em uma população de prostitutas do baixo meretrício da cidade do Rio de Janeiro e seus possíveis determinantes. In: *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, 41 (1), 1992.

DUARTE, L. F. D. *Da vida nervosa nas classes trabalhadoras urbanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

GASPAR, M. D. *Garotas de programa:* prostituição em Copacabana e identidade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

LEITE, G. S. *Eu, mulher da vida*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.

MATEOS. *Sou puta sim, e daí?* Rio de Janeiro: Atenção, 1995.

MAZZARIOL, R. M. *Mal necessário:* ensaio sobre o confinamento da prostituição na cidade de Campinas. Tese de Mestrado Submetida ao Departamento de Ciências Sociais do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade do Estado de Campinas, Campinas, Brasil, 1976.

MORAES, A. F. *Mulheres da vila:* prostituição, identidade social e movimento associativo. Petrópolis: Vozes, 1996.

NUTBEAM, D. *et al.* The prevention of HIV infection from injection drug use — A review of health promotion approaches. In: *Social Science and Medicine* 33 (9) 977-983, 1991.

PARK, R. E. The city: Suggestions for the investigation of human behavior in the urban environment. In: PARK, R. E. *et al.* (Ed.). *The City.* Chicago: University of Chicago Press, 1968.

Digitalizado com CamScanner

PERLONGHER, N. *O negócio do michê:* a prostituição viril em São Paulo. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. Uma bicha é assassinada. In: *Comunicações do ISER* 9 (35), 1990.

_____. Territórios marginais. In: LANCETTI, A. (Org.). *Saúde e Loucura* 4: Grupos e Coletivos. São Paulo: Hucitec, 1994.

SEVERINO, F. E. S. *Memória de morte, memória de exclusão:* prostituição, marginalidade social e reconquista da cidadania. São Paulo: Letras & Letras, 1993.

SILVA, H. R. S. *Travesti:* a invenção do feminino. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ISER Editores, 1993.

STONE, L. Cultural influences in community participation in health. In: *Social Science and Medicine* 35 (4) 409-417, 1992.

TURNER, V. *The ritual process:* structure and antistructure. Chicago: Aldine, 1969.

_____. Liminality and community. In: ALEXANDER, J. C.; SEIDMAN, S. (Ed.). *Culture and society:* contemporary debates. Cambridge: Cambridge University Press.

WOELK, G. B. Cultural and structural influences in the creation of and participation in community health programmes. In: *Social Science and Medicine* 35 (4):419-424, 1992.

VAN GENNEP, A. *The rites of passage.* London: Routledge & Kegan Paul, 1960.

VELHO, G. *Projeto e metamorfose:* antropologia das sociedades complexas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

VERSIANI DOS ANJOS JR., C. S. *A serpente domada:* um estudo sobre a prostituta de baixo meretrício. Tese de Mestrado defendida no Departamento de Ciências Sociais da Universidade de Brasília. Brasília, 1980.

Autodiscriminação: o Inimigo Dentro do Trabalhador

RAQUEL PORTUGAL NUNES

Como o leitor deve ter observado, este livro se propõe a escutar silêncios. Ele tem como objetivo perceber os locais onde a discriminação se esconde, em um tempo em que a discriminação, cada vez mais, se veste com a sutileza, de forma a poder existir sem ser incomodada.

Neste artigo, busca-se identificar o agente discriminador no último lugar onde ele deveria estar: dentro daqueles que sofrem a discriminação. Essa busca não é nova. A Pedagogia, a Psicologia, a Filosofia e a Sociologia têm muito a dizer sobre ela. Paulo Freire oferece uma clara definição do problema. Segundo ele, os oprimidos tendem a hospedar o opressor em si.(1)

Tornar-se hospedeiro do discriminador é algo duplamente perverso. Primeiro, porque o discriminado passa a ter vergonha de ser quem ele é. Segundo, porque o discriminado tende a oprimir outros homens e mulheres. De uma maneira ou de outra, a internalização é mecanismo que permite que a discriminação se prolongue — no primeiro caso, na vida do discriminado e, no segundo, na vida da sociedade.

No mundo do trabalho, não é difícil encontrar demonstrações da vergonha que o trabalhador discriminado passa a ter de si. Atentemos, por exemplo, para a forma como certos trabalhadores evitam dizer o nome da profissão que exercem. Muitas empregadas domésticas, acostumadas a ser tratadas — inclusive pela lei — como empregadas de segunda categoria, preferem ser chamadas de secretárias do lar. Também as prostitutas, como nos mostra, neste livro, a médica Carla de Méis, tendem a não se descrever como tal, por acreditarem que o termo "prostituta" define uma mulher devassa e má.(2)

De acordo com Allport, psicólogo estadunidense, esse sentimento de vergonha é resultado de práticas reiteradas de discriminação. Ele diz: "nossa reputação, independentemente de ser verdadeira ou falsa, não pode ser martelada, martelada, martelada, na nossa cabeça sem modificar de alguma forma o nosso caráter".(3) As marteladas reiteradas fazem com que a própria pessoa discriminada tema, odeie e rejeite o que ela é.

(1) FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 45. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p. 34.

(2) MÉIS, Carla de. *Prostituição e marginalidade:* narrativas de identidade entre prostitutas.

(3) ALLPORT, Gordon. *The nature of prejudice*. Cambridge: Perseus Books, 1979. p. 142.

Digitalizado com CamScanner

Paulo Freire chama esse fenômeno de *autodesvalia*, e diz que ele decorre da introjeção pelos oprimidos da visão que os opressores têm deles.[4] Como Allport, Freire argumenta que, de tanto ouvirem que são incapazes, os discriminados acabam se convencendo de sua incapacidade.

É nesse sentido que Sebastião Geraldo de Oliveira escreve, em artigo deste livro, que o grande desafio do deficiente, no mundo do trabalho, é o de descobrir-se capaz de ser útil.[5] O argumento fica também muito claro na fala do operário citado por Lucilia de Almeida Neves, em contribuição para esta obra: "operário não vota em operário. Eles acham que operário não tem capacidade, não tem condições de administrar o mandato."[6]

Nesse segundo exemplo, já é possível perceber a discriminação transbordando o sujeito hospedeiro — ele não é mais um discriminador só de si, mas passa a discriminar todo o grupo ao qual pertence. O mesmo pode ser visto na fala das prostitutas entrevistadas por Carla de Meis: "não dá pra confiar em putas... todas te traem em algum momento".[7]

Frantz Fanon, psiquiatra e militante político, escreve sobre a internalização da discriminação no contexto da colonização dos negros das Antilhas, em um livro cujo título já tem muito a dizer: *Pele negra, máscaras brancas*[8]. Fanon descreve o problema da internalização dizendo que o colonizado sofre a "epidermização" da inferioridade com que o tratam os colonizadores. De acordo com o autor, a discriminação "infecta o negro de corpos estranhos, extraordinariamente tóxicos".[9]

Fanon demonstra, com exemplos, as diversas instâncias em que o negro se esforça para tornar-se branco, de modo a poder fazer parte de um mundo onde a humanidade das pessoas é reconhecida. A retração do eu é uma defesa para as hostilidades exteriores.

Pontua Fanon que, na Martinica, eram comuns relatos de sonhos em que o negro branqueava-se magicamente.[10] É interessante perceber que alusões a mágicas e maldições é uma constante nos relatos dos discriminados. As prostitutas, por exemplo, dizem que o dinheiro da prostituição não dura porque é amaldiçoado.[11] Homossexuais consideram a AIDS uma maldição divina.

Entender a diferença como maldição ou sentir-se culpado por ela é determinante para que o discriminado não se veja como um sujeito de direitos. Se o trabalhador considera a AIDS uma punição divina por sua homossexualidade, como esperar dele reação contra o empregador que o demite em razão de sua doença?

(4) FREIRE, *op. cit.*, p. 56.

(5) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica ao trabalho dos portadores de deficiência.*

(6) NEVES, Lucilia. *Rito sumário:* política, poder e discriminação – cassação de deputados operários.

(7) MÉIS, *op. cit.*

(8) FANON, Frantz. *Piel negra, máscaras blancas.* Buenos Aires: Abraxas, 1973.

(9) *Ibidem*, p. 30.

(10) *Ibidem*, p. 36.

(11) MÉIS, *op. cit.*

Nesse sentido, a internalização da discriminação é um empecilho para a reivindicação de direitos, é uma barreira à militância e ao aprimoramento e efetivação da ordem jurídica. Quando o processo de luta, no entanto, consegue florescer, passa a ser essencial para a conquista da autoestima, para a libertação das mentes, que se tornam cada vez mais capazes de novas reivindicações. É o que se chama de luta pelo reconhecimento.

Os autores que tratam do reconhecimento abordam a questão da interiorização da discriminação do ponto de vista da Filosofia.[12] Axel Honneth sustenta, a partir da contraposição entre Hegel e Kant, que a identidade da pessoa não é construída de forma autônoma, mas dialógica, e, portanto, é influenciada pelo reconhecimento ou por sua ausência.

O reconhecimento gera autoconfiança, autorrespeito e autoestima. Charles Taylor, que foi o responsável pela reintrodução desse conceito hegeliano ao debate filosófico, demonstra que a falta de reconhecimento atinge a imagem que os membros dos grupos discriminados têm de si mesmos, uma vez que eles interiorizam a imagem estereotipada sob a forma de autodepreciação.[13] Dessa forma, afirma Taylor que "o reconhecimento não é somente uma cortesia que devemos às pessoas, ele é uma necessidade humana vital".[14]

Os movimentos sociais têm se preocupado cada vez mais com a perspectiva do reconhecimento e não só da distribuição de renda. No mundo do trabalho, perdem força os sindicatos e ganham destaque os movimentos negro, feminista, GLBT, que têm possibilitado conquistas de não discriminação também no âmbito trabalhista. Ademais, esses movimentos são responsáveis por impulsionar a edificação da autoestima dos discriminados, que passam a se sentir possuidores de direitos e buscam tornar efetivas as normas jurídicas conquistadas.

Interessante caso para se analisarem os efeitos que a luta pelo reconhecimento exerce na mente do discriminado nos é proporcionado pela pesquisa de mestrado feita por Maria Vany de Oliveira Freitas.[15] A autora pesquisou a trajetória dos catadores de papel de Belo Horizonte, destacando a sua organização para a criação de uma associação, hoje responsável por várias conquistas.

No depoimento dos catadores, percebe-se como, a partir de uma identidade deteriorada de quem é discriminado inclusive por seus familiares, o autorrespeito se constrói por meio da coesão e da busca pelo reconhecimento como trabalhador:

> Eu ficava assim... de amanhecer com vergonha.[16]

(12) ASSY, B.; FERES JÚNIOR, J. Reconhecimento. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito.* São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 705-710.

(13) RICOUEUR, Paul. *Percurso do reconhecimento.* São Paulo: Loyola, 2006. p. 228.

(14) ASSY; FERES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 706.

(15) FREITAS, Maria Vany. *Entre ruas, lembranças e palavras:* a trajetória dos catadores de papel em Belo Horizonte. Belo Horizonte: PUC Minas, 2005.

(16) *Ibidem*, p. 176.

Digitalizado com CamScanner

> Antes, eu num dava pra perceber, eu achava que tava no lixo, tinha que ser assim mesmo. A gente tava misturado no lixo e acabava pensando que nós era lixo mesmo e tinha que ser assim: catador de papel até morrer, sem casa, sem nada. Hoje eu me sinto cidadã em qualquer lugar.[17]

> Eu, no início participei só de duas reuniões. (...) Eu achava que aquilo não ia pra frente. (...) Eu falava e só pensava comigo, assim: ah, catador de papel não tem valor, não. Que valor que vai ter catador de papel? Esse pessoal que criar uma coisa boa pros papeleiro, mais num vai conseguir. Eu achava assim: ah, papeleiro nunca tem valor na vida não. (...) Eu achava eu nunca, nunca, o catador poderia modificar o nome de catador de papel por trabalhador.[18]

> Pra mim agora é tranquilo. Eu me sinto igual eles. Antes eu não sentia.[19]

E o operador do Direito, a quem se destina esse livro? O que tem ele com as teorias que cuidam da internalização da discriminação?

O operador do Direito precisa saber a extensão do dano com o qual trabalha. A discriminação pode ter efeitos mais amplos do que se imagina. Ela influencia a própria formação da identidade da pessoa e por isso precisa ser duramente sancionada.

A internalização, longe de ser culpa da pessoa discriminada, é um dos efeitos mais perversos da discriminação, que gera angústia extrema e reprodução da opressão. A internalização favorece a passividade do cidadão, que não se percebe como sujeito de direito, o que é letal para a efetividade do Direito do Trabalho. A efetividade depende de vozes que gritem a discriminação e sofre quando o ato discriminatório é aprisionado em mentes envergonhadas.

Os operadores do Direito podem ser atores importantes no percurso do reconhecimento, quer como propulsores, quer como obstáculos. Um juiz, por exemplo, tanto na sua decisão, como na forma de conduzir a audiência, pode contribuir para a construção do autorrespeito ou para a deterioração de identidades já fragilizadas. É importante que ele tenha consciência dos efeitos da discriminação e dos efeitos do que ele diz sobre a mente do sujeito diante de si. Se a discriminação é martelada na cabeça das pessoas, os operadores do Direito devem martelar a isonomia.

Deve-se, por fim, ter consciência do alto custo da conquista de normas de não discriminação, quando compreendida no bojo das lutas pelo reconhecimento. É uma luta, no entanto, que tem tido alguns resultados importantes. Parece que um novo modelo de organização para a defesa dos direitos trabalhistas vem surgindo, mais plural em termos de sujeito e mais voltado para um discurso do reconhecimento. E esse novo modelo precisará de espaço para atuar.

(17) *Ibidem*, p. 212.

(18) *Ibidem*, p. 208-209.

(19) *Ibidem*, p. 176.

Referências bibliográficas

ALLPORT, Gordon. *The nature of prejudice*. Cambridge: Perseus Books, 1979.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FANON, Frantz. *Piel negra, máscaras blancas*. Buenos Aires: Abraxas, 1973.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 45. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FREITAS, Maria Vany. *Entre ruas, lembranças e palavras:* a trajetória dos catadores de papel em Belo Horizonte. Belo Horizonte: PUC Minas, 2005.

RICOUEUR, Paul. *Percurso do reconhecimento*. São Paulo: Loyola, 2006.

Digitalizado com CamScanner

Por outro lado, de forma bem mais completa, trazemos aqui não só aportes jurídicos, mas também psicológicos, filosóficos, históricos, religiosos, sociológicos, artísticos e até esportivos. Não simplesmente para seguir a maré da multidisciplinaridade, e sim porque o próprio tema, como as águas de um rio, transborda naturalmente para fora de seu leito.

Esperamos que essa saudável mistura possa abrir as páginas do livro a profissionais e estudantes de áreas diferentes, *sem discriminações*. No caso específico do bacharel em direito, porém, uma visão como essa, de largo espectro, certamente lhe permitirá produzir trabalhos mais ricos e criativos.

Dois dos coordenadores já estavam presentes na primeira edição: os professores Luiz Otávio Linhares Renault e Márcio Túlio Viana, da UFMG e da PUC-MG. Ambos contam agora com o valioso reforço da professora Paula Oliveira Cantelli, da Faculdade de Direito Milton Campos, autora do livro *O trabalho feminino no divã:* dominação e discriminação, também publicado pela LTr.

DISCRIMINAÇÃO

2ª Edição

O que faz alguém discriminar? Quais as formas ocultas de discriminação? O que dizem as novas leis? O que falam os tribunais? Terá a mulher, *efetivamente*, os mesmos direitos do homem? Como vive uma prostituta? O futebol discrimina? Pode um aidético ser despedido? Pode um juiz discriminar? E o que dizer da ciência, das artes ou das regras do processo? Será que *o próprio discriminado* também se discrimina?

Perguntas como essas – e muitas outras mais – procuram respostas neste livro, que pela segunda vez mergulha em um tema cada vez mais polêmico e fascinante.

LTr®

ISBN 978-85-361-1612-9

9 788536 116129

4278.5

Digitalizado com CamScanner